Studia canonica 54 | 2020, 343-385
doi: 10.2143/STC.54.2.3289262

PRESCRIPTION OF CRIMINAL ACTION IN THE *IUS VIGENS*

THEORY AND DISPUTED QUESTIONS

BRIAN T. AUSTIN, F.S.S.P., J.C.D.*

SUMMARY — Despite the renewed interest in penal law occasioned by the ongoing scandal of clerical sexual abuse of minors, a number of theoretical questions regarding the canonical institute of prescription of criminal action remain disputed. This study describes the juridic foundations of prescription and addresses a number of these questions. It also offers an overview of the various reasons proposed in the doctrine for this institute.

RÉSUMÉ — Malgré l'intérêt renouvelé dans le droit pénal en raison du scandale persistant des abus sur les personnes mineures par les clercs, il existe encore des controverses au sujet de certaines questions théoriques sur l'institution canonique de la prescription de l'action criminelle. Cette étude décrit les fondements juridiques de la prescription et répond à un bon nombre de ces questions. Il offre aussi un survol des diverses raisons proposées dans la doctrine pour cette institution.

For the sake of utterly avoiding the danger … of punishing an innocent person, … natural justice urges in the strongest possible way—in fact, demands—that any delicts whatsoever, after a determined period of time, simply be accounted prescribed and no longer liable to punishment.[1]

* Instructor, Faculty of Canon Law, Saint Paul University.

1 G. Michiels, *De delictis et poenis: commentarius libri V Codicis juris canonici*, 2nd ed., Paris, Desclée, 1961, 2:324-325. "… periculo puniendi innocentem … Ad quae pericula … vitanda aequitas naturalis quammaxime suadet, quinimmo exigit, ut quaecumque delicta post certum temporis spatium simpliciter censeantur praescripta et nulli poenae obnoxia."

Introduction

The prescription of criminal action in canon law has been the subject of a number of recent articles[2] and one recent monograph.[3] This renewed interest is primarily due to the ongoing scandal of clerical sexual abuse of minors, particularly vis-à-vis criminal behaviour alleged to have taken place decades ago. However, a number of theoretical questions remain unresolved. Although many of these questions have been raised in the recent literature, no single contribution presents a synthetic overview. This contribution seeks to address this gap by addressing the following theoretical or doctrinal questions regarding criminal prescription: 1) What are the juridic foundations of this institute? 2) What are the currently disputed questions? 3) What is its *raison d'être*?

[2] The most significant recent studies are: D. CITO, "Prescription in Penal Matters," in P.M. DUGAN (ed.), *The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law*, Gratianus Series, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, 183-201; M. WALSER, "Die besondere Vollmacht der Glaubenskongregation zur Derogation von Verjährungsfristen bei schwerwiegenderen Straftaten von Klerikern," in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 175 (2006), 141-151; C.G. RENATI, "Prescription and Derogation from Prescription in Sexual Abuse of Minor Cases," in *Jur*, 67 (2007), 503-519; P.J. BROWN, "Prescription and Statutes of Limitation," in *CLSAP*, 70 (2008), 383-451; D.G. ASTIGUETA, "Delitti imprescrittibili nella Chiesa?," in *Periodica de re canonica*, 101 (2012), 103-158; J. LLOBELL, "Sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione dell'azione penale," in *IE*, 25 (2013), 641-661; A.D. BUSSO, "La prescripción extintiva y la dispensa de prescripción en el derecho penal canonico," in *Anuario Argentino de Derecho Canonico*, 22 (2016), 121-145; D. CITO, "Questioni sulla prescrizione dell'azione criminale," in C. PAPALE (ed.), *La procedura nei delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, Quaderni di Ius Missionale, no. 12, Vatican City, Urbaniana University Press, 2018, 27-44; S. PAGLIALUNGA, "La prescrizione nel diritto penale canonico," in *Per*, 107 (2018), 327-357; P.J. BROWN, "Prescription and the Usefulness of Time," in K. MARTENS (ed.), *A Service beyond All Recompense: Studies Offered in Honor of Msgr. Thomas J. Green*, Washington, DC, Catholic University of America, 2019, 205-233; D. CITO, "Annotazioni sulla prescrizione penale," in *IE*, 31 (2019), 619-626.

[3] V. NKOUAYA MBANDJI, *La prescription en droit canonique et dans la tradition du Code de Napoléon avec applications particulières aux délits les plus graves touchant aux mœurs*, Paris, Lethielleux, 2018. For a review of this excellent study, see B.T. AUSTIN, in *StC*, 52 (2018), 645-647.

Juridic Foundations

Actions Arising from a Delict

Canon 1491 states: "Every right is protected not only by an action, but also by an exception unless other provision is expressly made."[4] This c. clearly draws upon the classic definition of Celsus: an action is "nothing other than the right of pursuing that which is one's due by means of a trial."[5] More specifically, Gaius defined "an action *in personam* [as] that action by which we act, whenever we litigate with another who has an obligation to us, whether arising from a contract or from a delict; that is, when we strive to make [another] give or do or perform [something]."[6]

Three distinct species of action potentially arise from a delict: criminal, penal, and contentious. In the system of private accusation in force during the time of the *Corpus iuris canonici*, a private person had the right and duty to initiate a *criminal* action. However, since the *CIC*/1917 and the suppression of the private accusatorial process, ecclesiastical law now only admits criminal "accusations promoted by a public official—namely, the promoter of justice."[7] In the *ius vigens*, a private individual has the right only to *denounce* another for a delict, not to *accuse* another of a delict;[8] the right to accuse in the public forum—that is, the right to introduce a *criminal* action—is reserved to the promoter of justice. If the commission of a delict should be proven, once a sentence imposing or declaring a penalty has become *res iudicata* and the judge has issued an executory decree which declares that the sentence must be executed, there arises a *penal* action: that is, the right of an executive authority to execute a penalty.[9] On the other hand, "anyone,

[4] *CIC*/1983 c. 1491. "Quodlibet ius non solum actione munitur, nisi aliud expresse cautum sit, sed etiam exceptione." Cf. *CIC*/1917 c. 1667.

[5] T. MOMMSEN (ed.), *Digesta*, in *Corpus iuris civilis*, 5th ed., vol. 1, Berlin, Weidmann, 1889 [hereafter *Dig*.], 44.47.51. "Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi;" cf. P. KRÜGER (ed.), *Institutiones*, in *Corpus iuris civilis*, vol. 1, 1889 [hereafter *Inst*.], 4.6.

[6] GAIUS, *Institutiones*, in E. SECKEL and B.G.A. KÜBLER (eds.), *Gaii Institutiones*, 7th ed., Leipzig, Teubner, 1938, 4.2. "In personam actio … qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE." Capitals in Kübler's 1938 edition.

[7] M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem iuris canonici*, Rome, Anonima Libraria Cattolica Italiana, 1950, 1:499. "Ex adverso hodie lex nostra non admittit nisi accusationem promotam a publico officiali promotore iustitiae." See *CIC*/1917 c. 1934; *CIC*/1983 c. 1721.

[8] Formerly, there was also a *legal* obligation to denounce; see *CIC*/1917 c. 1935 §2.

[9] See *CIC*/1983 c. 1363; cf. cc. 1650-1655.

whether baptized or not, can bring action" in a contentious matter.[10] An action to repair damages may be pursued by an injured party in one of two ways. The first way is for an injured party "to approach the tribunal directly, proposing a private contentious action."[11] The second way is for an injured party "to intervene, according to the norm of c. 1596, as a third party in a case, in [the context of] a penal process initiated by the promoter of justice."[12]

Prescription

Without defining it, the 1983 code provides the following general description of prescription: "Prescription is a means of acquiring or losing a subjective right as well as of freeing oneself from obligations."[13] Prescription in contentious cases is regulated by cc. 197-199 and 1268-1270; in criminal cases, cc. 1362-1363 are applicable.[14] Since three distinct actions may arise from a delict, we must consider the extinction of each species.

Canon 1362 § 1 provides the rule that, in general, "a *criminal* action is extinguished by prescription after three years."[15] In other words, the acquired right of the promoter of justice to introduce a libellus of accusation in a criminal case is extinguished after three years, unless another period of time has been established in the manner provided for in numbers 1º-3º of the same c. Canon 1362 § 2 establishes: "Prescription runs from the day on which the delict was committed, or, if the delict is continuous or habitual, from the day on which it ceased."[16] This paragraph clearly establishes the *terminus a quo*

10 *CIC*/1983 c. 1476. "Quilibet, sive baptizatus sive non baptizatus, potest in iudicio agere;" cf. *CIC*/1917 c. 1646.

11 L. Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico: Commento giuridico-pastorale*, 3rd ed., Bologna, Edizione Dehoniane Bologna, 2011, 3:287. "Adire direttamente il tribunale, proponendo in via contenziosa una propria azione."

12 Ibid. "Intervenire, a norma del can. 1596, come terzo in causa nel processo penale iniziato a opera del promotore di giustizia." See *CIC*/1983 cc. 1729-1731; cf. *CIC*/1917 c. 1704; cf. *CCEO*/1990, c. 1154.

13 *CIC*/1983 c. 197. "Praescriptionem, tamquam modum iuris subiectivi acquirendi vel amittendi necnon ab obligationibus sese liberandi;" cf. *CIC*/1917 c. 1508.

14 In the *CIC*/1917, prescription in contentious cases was regulated by cc. 1508-1512; in criminal cases, by cc. 1702-1705.

15 *CIC*/1983 c. 1362 § 1. "Actio criminalis praescriptione extinguitur triennio." Cf. *CIC*/1917 c. 1703. "… tempus utile ad actionem criminalem proponendam est triennium."

16 *CIC*/1983 c. 1362 § 2. "Praescriptio decurrit ex die quo delictum patratum est, vel, si delictum sit permanens vel habituale, ex die quo cessavit." Cf. *CIC*/1917 c. 1705. "§ 1. Praescriptio … currit … in criminalibus, a die patrati delicti. § 2. Si delictum habeat tractum, ut vocant, successivum, non currit praescriptio, nisi a die qua delicti tractus cessaverit. § 3. In

of the period of prescription. The disputed questions regarding the *terminus ad quem* and the manner in which these periods of time are computed, as well as the derogations from c. 1362, will be treated below.

Secondly, c. 1363 § 1 establishes that a *penal* action—that is, "an action to execute a penalty … is extinguished by prescription" according to the periods established in c. 1362.[17] This canon clearly settles two questions which were disputed by a handful of authors after promulgation of the *CIC*/1917, namely: 1) "Is a penal action distinct from a criminal action?" and 2) "If so, does prescription also apply to penal actions?"[18] The legislator has authoritatively answered both questions in the affirmative by means of this canon. The entire process from delict to extinction of criminal and penal action has been neatly summarized by Carrara.

> From a delict arises an action to seek the condemnation of an offender; from a condemnatory sentence arises an action to obtain the execution of the sentence. [There] are always two actions, two expressions of the activity of two distinct rights: the right to make judgments and pronounce sentences, and the right to apply the penalty by executing the sentence. [This latter right is extinguished] in those cases where, by an express provision of positive law, it is forbidden to apply certain penalties after a determined period of time.[19]

In terms of the *ius vigens*, one could add to this the fact that the right to make judgements and pronounce sentences is an exercise of *judicial* power; the right to execute penalties an exercise of *executive* power (*CIC*/1983 c. 135).

delicto habituali vel continuato praescriptio non decurrit nisi post ultimum actum; et conventus ob aliquem criminosum actum non praescriptum, tenetur de antiquioribus, qui cum eodem actu connectuntur, etiamsi singulatim sumpti ob praescriptionem excluderentur."

[17] *CIC*/1983 c. 1363 § 1. "Si intra terminos de quibus in can. 1362, ex die quo sententia condemnatoria in rem iudicatam transierit computandos, non sit reo notificatum exsecutorium iudicis decretum de quo in can. 1651, actio ad poenam exsequendam praescriptione extinguitur." Cf. *CIC*/1917 c. 2240. "Ad praescriptionem actionis poenalis quod attinet, servetur dispositio can. 1703."

[18] For Lega's discussion of and correct solution to both problems, see M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici de iudiciis ecclesiasticis*, Rome, Typis polyglottis Vaticanis, 1896-1901, 4:248-249; idem, *Commentarius*, 1:496-498.

[19] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: Parte generale*, 5th ed., Lucca, Giusti, 1867-1877, § 715, 2:211. "Dal delitto nasce l'*azione* a provocare la *condanna* di un delinquente: dalla sentenza di condanna nasce l'*azione* ad ottenere la *esecuzione* della condanna. … sono sempre due azioni, due estrinsecazioni della *attività* di due *diritti diversi*; il diritto di fare giudicare e condannare, e il diritto di fare applicare la pena con eseguire la sentenza. … in quei casi nei quali per espressa disposizione delle leggi positive sia interdetto di applicare certe pene dopo un determinato intervallo di tempo." Lega explicitly follows Carrara here.

Thirdly, since a *contentious* action arising from a delict may be pursued in two ways, it may also be extinguished by prescription in two ways. If a contentious action to repair damages is pursued by an injured party[20] outside of a criminal trial, it is subject to *contentious* prescription according to cc. 197-199. If, on the other hand, a contentious action to repair damages is pursued by an injured party within the context of a criminal trial, it is subject *indirectly* to criminal prescription. This second method of pursuing a contentious action is subject *indirectly* to *criminal* prescription for the simple fact that, according to c. 1729, it must be brought in the context of an ongoing criminal trial in first instance. If the accused may not legitimately be cited due to the extinction of criminal action, or if the sentence rendered in first instance has become *res iudicata* before the injured party has intervened (c. 1731), this second method of pursuing a contentious action is no longer available.[21]

Substantive Law

Is the institute of criminal prescription better classified as substantive law or as procedural law? This question is disputed in both civil and canonical literature.[22] The majority position is that it pertains to substantive law; the minority positions are that it either pertains to procedural law or is "mixed" and pertains to both. The distinction is an extremely important one.

Michiels observes that in the civil penal codes of his day, it was "by far the more common opinion that the institute of [criminal] prescription pertains essentially to material [i.e., substantive] penal law … insofar as it *directly extinguishes … the right to punish*."[23] This remains the case in many civil codes today.[24] Michiels's reasoning is important to note. He classifies the civil institute of his day as substantive precisely for the reason that it *principally* extinguishes a substantive *right*. This objective,

20 Chiappetta, *Commento*, 3:287.

21 Cf. *CIC*/1917 c. 1704; *CCEO*/1990, c. 1154.

22 For recent studies of this tension in civil, common, and international law, see Nkouaya Mbandji, *La prescription en droit canonique*, 51-54; 66-71; R.A. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007, 249-261.

23 Michiels, *De delictis et poenis*, 2:321. "Iuxta sententiam hodie longe communiorem praescriptionis institutum essentialiter pertinet ad ius poenale materiale … quia et quatenus per eam *directe exstinguitur ex parte auctoritas socialis ius ad poenam, seu rectius, poenae exigentia* (der staatliche Strafanspruch)." He cites the penal codes of Austria (1852), Germany (1871), Italy (1889), and Poland (1932).

24 Kok, *Statutory Limitations*, 253. "In most national legal systems, it is the Penal Code that provides for statutes of limitation, thus indicating a substantive character."

juridic fact, *subsequently* gives rise to a procedural fact—namely, "the prohibition of judicially prosecuting the delict, i.e., the destruction of the criminal action."[25]

Those who maintain the purely procedural nature of this institute say that "it does not directly extinguish the right to punish, but *only gives rise to a formal or procedural impediment to the exercise of this right*."[26] In this view, the right to punish itself would still exist, but the titular of this right would be barred from exercising it. While this distinction may seem strictly theoretical, it has important practical consequences: "According to the first view, the *immunity* of the offender must be declared (*die Freisprechung*); according to the second view, on the other hand, only the *abatement* of the case may be declared (*die Einstellung*)—that is, one must simply abstain from pronouncing a judicial sentence."[27]

Having considered the relevant civil doctrine, Michiels next considers the disposition of canon law. Michiels maintains that the *nature* of criminal prescription is essentially *substantive*, insofar as it extinguishes the substantive right of legitimate ecclesiastical authority to punish.[28] Roberti agrees that where substantive rights are concerned, "the law which regulates [the capacity to exercise them] truly is substantive, even if it also produces procedural effects."[29] As Roberti argues more generally, "procedural capacity is connected with substantive law."[30] The substantive nature of criminal prescription, therefore, must not be confused with its "primary, direct, and

[25] MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:321. "… prohibitio judicialiter persequendi delictum seu actionis criminalis peremptio."

[26] Ibid., 2:322. "*Iuxta aliquos* tamen praescriptionis institutum essentialiter pertinet ad ius poenale formale seu processuale, quia et quatenus per eam nullatenus vel saltem non directe exstinguitur ius ad poenam, sed *simpliciter exsurgit formale seu processuale impedimentum ad huius iuris exercitium*."

[27] Ibid., 2:322-323. "Dum enim iuxta primam sententiam ratione praescriptionis pronuntiari debet immunitas delinquentis (die Freisprechung), iuxta alteram, e contra, pronuntiari potest sola causae remissio (die Einstellung) seu simpliciter abstineri debet a sententia proferenda;" emphasis added.

[28] Ibid., 2:323. "Ni fallor, res ita est intelligenda. « *Delictum esse praescriptum* » *ex se, seu inspecta ipsius rei natura*, proprie significat illud iam amplius *puniri non posse* ab auctoritate ecclesiastica legitima seu *ius puniendi … esse exstinctum*." For a similar argument and conclusion, see RENATI, "Prescription and Derogation," 509.

[29] F. ROBERTI, *De processibus*, vol. 1: *De actione*, 4th ed., Vatican City, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, 1956, 1:93. "Cum enim capacitas agendi sit pars generalis capacitatis disponendi de propriis iuribus, lex quae eandem moderatur re vera est substantiva etsi pariat quoque effectus processuales."

[30] Ibid., 1:515. "Capacitas processualis connectitur cum iure substantivo; est veluti capacitas agendi processui applicata."

immediate *effect*," which is "essentially *procedural*."[31] Since the code is more concerned with regulating juridic effects than with establishing doctrine, Michiels thought the canons regulating criminal prescription (cc. 1702-1705) well placed in the book of the code concerning procedural law.[32] This placement, however, should not obscure the fact that the *nature* of prescription is essentially substantive.

The tension between the substantive and procedural elements of criminal prescription is perhaps also seen in the fact that, during the period of reform, it was discussed by two coetus: the coetus *de processibus* and the coetus *de delictis et poenis* (later renamed the coetus *de iure poenali*). In the end, the canons concerning criminal prescription (cc. 1362-1363) were transferred to the book of the code concerning substantive penal law.[33] One should not make too much of their current placement in the code, although it may be argued that it is indicative of authentic progress in canonical juridic science.

A much stronger argument, however, may be made from the placement of the norm regulating prescription in *Sacramentorum sanctitatis tutela* (*SST*/2001).[34] As Renati pointed out as early as 2007, *SST*/2001 "acknowledges that prescription law is substantive when it places article five dealing with prescription under *Pars Prima, Normae Substantiales* and not under *Pars Altera, Normae Processuales*."[35] This would seem to be a strong indication that criminal prescription is substantive in nature.[36]

[31] MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:323. "… primarius, directus, et immediatus praescriptionis effectus est essentialiter *processualis*; ac proinde quod [the regulation of the] praescriptionis institutum [in c. law] merito in tractu de processu criminali occupat locum."

[32] Ibid. The cumulative titles of this section of the *CIC*/1917 are: "Liber IV. De processibus. Pars I. De iudiciis. Sectio I. De iudiciis in genere. Titulus V. De actionibus et exceptionibus. Caput VII. De exstinctione actionum."

[33] The cumulative titles of this section of the *CIC*/1983 are: "Liber VI. De sanctionibus in ecclesia. Pars I. De delictis et poenis in genere. Titulus VI. De poenarum cessatione." Something similar occurred in the Netherlands when "the provision on statutes of limitation was transferred from the 1838 Code of Criminal Procedure to the 1881 Penal Code." KOK, *Statutory Limitations*, 253. Interestingly, Kok cites Van Dorst as holding that, "despite their (former) position in the Code of Criminal Procedure, statutes of limitations were considered as rules of substantive law" (ibid.).

[34] JOHN PAUL II, apostolic letter *motu proprio* promulgating norms concerning the graver delicts reserved to the CDF *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 April 2001, art. 5, in *AAS*, 93 (2001) [hereafter *SST*/2001] 737-739, Latin original with English translation in W.H. WOESTMAN (ed.), *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process*, Ottawa, St. Paul University, 2003, 300-309 [hereafter WOESTMAN (ed.), *Ecclesiastical Sanctions*]; cf. CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH, rescript *ex Audientia* modifying *SST*/2001, 21 May 2010, art. 7, in *AAS*, 102 (2010) [hereafter *SST*/2010] 419-430.

[35] RENATI, "Prescription and Derogation," 509.

[36] J.L. SÁNCHEZ-GIRÓN, "Algunos interrogantes en la disciplina codicial sobre la prescripción de la acción criminal," in J. KOWAL and J. LLOBELL, *Iustitia et Iudicium*, 4:2175.

A decree recently published by the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura confirms this classification. The prefect wrote: "It is certain that the common doctrine and jurisprudence maintain that the laws concerning prescription have a substantive rather than procedural nature; therefore, they must be treated like penal laws."[37] The prefect adduced two reasons in support of his conclusion: 1) the action itself is *destroyed* by prescription, not merely suspended or taken away; as a result, "that which is extinguished is not able to rise again;"[38] 2) the canons concerning penal prescription are in Book VI, not Book VII.[39] The prefect concluded that since the laws concerning penal prescription are substantive, if they should change after a delict has been committed, the *lex favorabilior* must be applied (c. 1313).[40]

Many important effects arise from this distinction between substantive and procedural law. For example, the non-observance of "merely" procedural laws can usually be sanated; the non-observance of substantive laws cannot. Moreover, if prescription were "merely" procedural, the Signatura could dispense from it—thus evacuating the institute of any real effect. Since, on the other hand, prescription is a matter of substantive law, non-observance results in a right to the *restitutio in integrum*.[41]

Acquired Rights

The disposition of the 1917 code with respect to retroactivity and acquired rights is essentially that of the Italian civil code—a disposition resumed nearly verbatim in the 1983 code.[42] As an examination of the sources of Esposito's 2017 study of acquired rights demonstrates,[43] the canon law and

37 SUPREME TRIBUNAL OF THE APOSTOLIC SIGNATURA, decree rejecting a petition to dispense from penal prescription, Prot. No. 46070/11 CG, 10 March 2017, 612; Latin original with Italian translation in *IE*, 31 (2019), 611-613. "Pro comperto habito quod communis canonica doctrina ac iurisprudentia tenent leges de praescriptione *de qua* naturam substantialem non autem processualem praeseferre adeo ut quasi leges poenales habendae sint."

38 Ibid. "… effectus purgatae praescriptionis est *extinctio* actionis criminalis, non autem mera eiusdem suspensio vel sublatio et, ut par est, quod extinguitur resurgere nequit."

39 Ibid. "… disciplina praescriptionis in Libro VII *De processibus* inscripto haud iacet, sed in Libro VI *De sanctionibus poenalibus*, et quidem sub titulo vi *De poenarum cessatione*."

40 Ibid. "… praescriptum can. 1313, quod de legibus poenalibus cavet, legibus quoque de praescriptione statuentibus applicatur."

41 RENATI, "Prescription and Derogation," 509.

42 CITO, "Annotazioni sulla prescrizione penale," 620.

43 B. ESPOSITO, "Il rapporto del codice di diritto canonico latino con i diritti acquisiti: commento sistematico-esegetico alla prima parte del can. 4 del CIC/83," in *Lumen Veritatis*, 10, no. 1, 63-99. In addition to other canonical appointments, Esposito is a consultor at the CDF and a referendary at the Signatura.

doctrine on this topic has changed little in over a century. The comprehensive and detailed 1946 dissertation of Frison,[44] therefore, retains its relevance for this study. We do not need to present Frison's entire account of retroactivity here; for our purposes, it suffices to present Frison's definition of *iura quaesita* and apply it to our subject. Then, we will present Huels's account of how such rights can be revoked.

Definition

Canon 4 states: "Acquired rights and privileges granted to physical or juridic persons up to this time by the Apostolic See remain intact if they are in use and have not been revoked, unless the canons of this code expressly revoke them."[45] What are the *iura quaesita* of c. 4? After a lengthy discussion, Frison offers his own definition of an acquired right. "An acquired or vested right is a juridic consequence which [is] derived from a [juridic] fact inherently capable of producing that right in virtue of an earlier law still extant when the fact was completed, and which (consequence) [remains in] the possession of the subject under that earlier law."[46] To this definition must be added that the subject capable of possessing an acquired right in the sense of c. 4 is an *individual* physical or juridic person.[47] As a 1919 response made clear, rights granted by the law to an office or dignity are not acquired *personally* by the office holder in the sense of c. 4.[48] Such rights are not the *iura quaesita* of c. 4 but are "legal" or "objective" rights. For example, the right

[44] B.M. Frison, *The Retroactivity of Law: An Historical Synopsis and Commentary*, Canon Law Studies, no. 231, Washington, DC, Catholic University of America, 1946. Frison's study is essentially a synthesis of and commentary upon the following sources: C.F. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3rd ed., Turin, Unione, 1891-1898; S. D'Angelo, "Retroattività della legge in materia penale ecclesiastica," in *Rivista di diritto ecclesiastico*, 33 (1922), 149-153; M. Petroncelli, *Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico*, Milan, Vita e Pensiero, 1931; P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Paris, Recueil Sirey, 1933; A. Van Hove, "De retrotractione vel non legum in iure canonico," in *Ephemerides theologicae Lovanienses*, 12, no. 3 (1935), 551-578; E.G. Roelker, "Acquired Rights and the Retroactivity of Laws," in *Jur*, 4 (1944), 491-521.

[45] *CIC*/1983 c. 4. "Iura quaesita, itemque privilegia quae, ab Apostolica Sede ad haec usque tempora personis sive physicis sive iuridicis concessa, in usu sunt nec revocata, integra manent, nisi huius Codicis canonibus expresse revocentur." Cf. *CIC*/1917 c. 4; *CCEO*/1990, c. 5.

[46] Frison, *Retroactivity of Law*, 122.

[47] Ibid., 120.

[48] Sacred Congregation of the Council, response concerning precedence and acquired rights *Cuneensis et Utinensis*, 18 May 1919, in *AAS*, 11 (1919), 349-354.

to introduce a libellus of accusation is not acquired *personally* by the individual who happens to hold the office of promoter of justice at the time the delict was allegedly committed but is attached to the office itself. This right, therefore, is not the *ius quaesitum* of c. 4 but rather a *legal* or *objective* right.

Application of the definition

What kind of right is acquired by the operation of prescription? As described above, when a delict has been committed, the promoter of justice acquires the legal right to introduce a libellus of accusation. This legal right is extinguished if it is not exercised within the peremptory time period established by law. The moment this legal right to accuse is extinguished, the suspect logically acquires a corresponding right *not* to be accused. Is this right a legal right or an acquired right? Applying Frison's definition to this question yields the following:

> The right of an individual not to be accused in the public forum of having committed a delict is derived from the juridic fact that the period of time established by law for the extinction of the corresponding criminal action has elapsed. The lapse of the specified time itself is inherently capable of producing this right in virtue of the law in force at the time when the *terminus ad quem* was reached. This right is possessed by an individual, physical person, and thus is a *ius quaesitum* in the strict sense of canon 4.

According to Frison's definition, therefore, the right not to be accused is an *acquired* right in the sense of c. 4. However, Frison admits that his definition is not unanimously accepted and says that "it is extremely difficult to give an accurate definition of the *ius quaesitum*."[49] Otaduy suggests that "in fact, no abstract doctrinal theory is completely successful on this subject."[50] Nevertheless, Huels also classifies rights acquired through prescription as *iura quaesita*, for reasons consonant with Frison's definition.[51]

Revocation of acquired rights

Canon 4 states: "Acquired rights … remain intact … unless the canons of this code expressly [*expresse*] revoke them" (c. 4). What about rights acquired *after* the entering into force of the *CIC*/1983? Although no canon explicitly addresses this question, the doctrine is clear that such rights also

[49] Frison, *Retroactivity of Law*, 123.

[50] Otaduy, "Commentary on Canon 4," in *Exegetical Comm*, 1:237.

[51] Huels, "Commentary on Canon 4," in *CLSA Comm2*, 51.

remain intact unless a later law *expressly* revokes them.[52] On the adverb *expresse* in c. 4, a recent explanatory note of the Pontifical Council for Legislative Texts regarding the meaning of *expresse* in *CCEO*/1990 c. 1 provides the necessary distinctions, *mutatis mutandis*. The note clarifies: "Express [revocation] can occur both in an 'explicit' and an 'implicit' way. … The term *expresse* [is] opposed to *tacite*."[53] Acquired rights, therefore, can be revoked either explicitly or implicitly, but not *tacitly* (*tacite*).

These distinctions are important to keep in mind, because *laws*—unlike acquired rights—can be revoked either expressly or tacitly. Huels explains these distinctions further.

> *Express revocation* [of an earlier law] occurs when a later law expressly states that it is revoking an earlier law, either explicitly or implicitly.[54] Express revocation is explicit when the later law names the prior law that it revokes; it occurs implicitly when the later law employs a general formula that revokes contrary laws.[55] [On the other hand, *tacit revocation*] occurs when a later law is directly contrary to an earlier law [or] when a later law completely reorders the matter of the earlier law.[56]

Since *legal* rights are subject to change when the law changes,[57] and laws can be changed either expressly or tacitly, it follows that *legal* rights can also be revoked or modified either expressly or tacitly. The salient point is that, although *legal* rights can be revoked or modified *tacitly* if the merely ecclesiastical law upon which they depend is itself *tacitly* abrogated or modified, *acquired* rights cannot; c. 4 requires that acquired rights be *expressly* revoked or modified by a subsequent *legislative* act.

An example from the code may help clarify this distinction. The *CIC*/1983 expressly (not explicitly, but implicitly) revoked an acquired right in a single case (c. 510 § 1). As Huels explains, before the code obtained the force of law on 27 November 1983, a chapter of canons could be validly appointed to the office of *parochus*.[58] The individual juridic person of the chapter of canons validly appointed before 27 November 1983 validly acquired the right to the office; this is a *ius quaesitum* in the sense of c. 4. Notwithstanding

[52] Ibid.

[53] PONTIFICAL COUNCIL FOR LEGISLATIVE TEXTS, explanatory note regarding *CCEO*/1990, c. 1, 8 December 2011, in *Comm*, 43 (2011), 315-316, English translation of Italian original in *StC*, 46 (2012), 293-318.

[54] HUELS, "Commentary on Canon 20," 81.

[55] Idem, "General Revoking Formulas in Canon Law and Their Juridical Effects," in *StC*, 46 (2012), 121.

[56] Idem, "Commentary on Canon 20," 81.

[57] Idem, "Commentary on Canon 4," 52.

[58] Ibid.

this acquired right, c. 510 § 1 directs the diocesan bishop "to separate from a chapter those parishes which are united to it."[59] This is the express albeit implicit revocation[60] of a *ius quaesitum* by means of a subsequent legislative act required by c. 4. However, it is logically impossible in the *CIC*/1983 to revoke a right acquired in virtue of a substantive *penal* law, since such revocation could only occur by the promulgation and retroactive application of a new substantive penal law unfavourable to the accused—which is explicitly forbidden by c. 1313 § 1.[61]

Disputed Questions

This second part of the study addresses several disputed questions. (1) Is prescription counted as continuous or useful time? (2) When is prescription interrupted or suspended? (3) Is prescription a matter of positive or natural law?

Continuous or Useful Time?

Are the time periods of extinctive prescription computed according to continuous or useful time? In Roman law, periods of prescription less than or equal to one year were computed usefully; longer periods continuously.[62] The famous 1898 decision *Lublinensis* had specified continuous time.[63] Although an earlier draft of *CIC*/1917 c. 1702 also specified continuous time,[64] the

[59] *CIC*/1983 c. 510 § 1. "Capitulo canonicorum ne amplius uniantur paroeciae; quae unitae alicui capitulo exstent, ab Episcopo dioecesano a capitulo separentur."

[60] HUELS, "Commentary on Canon 4," 51, fn. 13.

[61] *CIC*/1983 c. 1313 § 1. "Si post delictum commissum lex mutetur, applicanda est lex reo favorabilior." For further details, see B.T. AUSTIN, "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*: the Principle of Penal Legality in the *ius vigens*," in *StC*, 54 (2020), 5-29.

[62] E. POSTE and E.A. WHITTUCK (eds.), *Institutes of Roman Law by Gaius: [Text] Translation and Commentary*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1904, 552.

[63] SACRED CONGREGATION OF BISHOPS AND REGULARS, letter and response to dubia concerning prescription in criminal causes of clerics *Lublinensis*, 22 March 1898, 689, in *ASS*, 30 (1898), 677-689. "… regula generalis est, actionem iniuriarum spatio unius anni, crimen peculatus et delicta carnis spatio quinque annorum a die commissi delicti continuorum praescripti."

[64] F. ROBERTI, *Codicis iuris canonici schemata: Liber IV, De processibus. Pars Prima: De iudiciis in genere*, Vatican City, Typis polyglottis Vaticanis, 1940, 194. "Tempus intelligitur continuum."

promulgated text specified useful time.[65] This innovation was disputed by the best authors, among them Van Hove, Michiels, and Cappello.[66]

The *CIC*/1983 appears to have returned to the discipline in force before the *CIC*/1917. By way of exception to the general rule, the *CIC*/1983 provides the following definitions of continuous and useful time, taken nearly verbatim from the former discipline: "§ 1. Continuous time is understood as that which suffers no interruption. § 2. Useful time is understood as that which is available for exercising or pursuing a right, such that it does not run against one who is ignorant or unable to act."[67] When useful time is not running, it is said to be "suspended." Unlike the *CIC*/1917, the canons in the *CIC*/1983 regulating the prescription of criminal (c. 1362) and penal (c. 1363) actions do not specify the manner in which the time is to be computed.

How is one to interpret the silence of the law in this matter? Sara Paglialunga, although correctly observing that the adjective *utile* no longer appears, asserts that the time is to be computed usefully.[68] Unfortunately, the three citations she adduces in support of her view are commentaries on the *CIC*/1917, thus begging the question. Davide Cito appears to make the same assumption, since, drawing upon the same 1917 commentaries as Paglialunga, he seeks to identify which procedural acts *suspend* prescription—which is only possible if time is being computed *usefully*.[69] Both authors cite Llobell's 2013 article *passim*, but Llobell also simply assumed useful time.[70]

The standard commentaries do not address this question in the context of penal law[71] but rather in the context of general norms. Miñambres, citing Van Hove and Michiels, writes: "The practical difficulty lies in that, when

65 *CIC*/1917 c. 1702. "Omnis criminalis actio perimitur morte rei, condonatione legitimae potestatis, et lapsu temporis utilis ad actionem criminalem proponendam."

66 A. VAN HOVE, *De consuetudine; De temporis supputatione*, Commentarium Lovaniense in Codicem iuris canonici, no. 3, Mechelen, H. Dessain, 1933, 280; MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:347-349; F.M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, 6th ed., Rome, Gregorian University, 1962, 3:209.

67 *CIC*/1983 c. 201. "§ 1. Tempus continuum intellegitur quod nullam patitur interruptionem. § 2. Tempus utile intellegitur quod ita ius suum exercenti aut per sequenti competit, ut ignoranti aut agere non valenti non currat." Cf. *CIC*/1917 c. 35. "Tempus utile illud intelligitur quod pro exercitio aut prosecutione sui iuris ita alicui competit ut ignoranti aut agere non valenti non currat; continuum, quod nullam patitur interruptionem."

68 PAGLIALUNGA, "La prescrizione nel diritto penale canonico," 345-346.

69 CITO, "Questioni sulla prescrizione," 38-41.

70 LLOBELL, "Sull'interruzione."

71 T.J. GREEN, "Commentary on Canon 1362," in *CLSA Comm2*, New York, Paulist Press, 2000, 1573; A. BORRAS, "Commentary on Canon 1362," in *Exegetical Comm*, (2004), 4:425; CHIAPPETTA, *Commento*, 2:692-694.

making reference to time, the legislator does not always explicitly indicate whether the period in question must be reckoned as [useful] or continuous time. The principle is therefore usually taken as a general rule, provided that the contrary is not proven, that time must be considered continuous."[72] Chiappetta states the same general principle, adding: "In order to complete [c. 201], perhaps it would have been opportune to establish a presumption in favour of one of the two times—as exists in some civil laws—for cases in which the law says nothing. Commonly, however, time is considered to be continuous, because it is [continuous] by nature. Useful time must be explicitly or implicitly expressed by law."[73] Brown, Astigueta, and Nkouaya Mbandji specifically apply this general principle to the prescription of criminal action.[74] In the absence of any express provision of law to the contrary, we may safely conclude that time is to be computed *continuously* with respect to this institute.

Interruption and Suspension

As we have already observed, the canonical doctrine regarding the *terminus a quo* of prescription is peacefully settled: "Prescription runs from the day on which the delict was committed, or, if the delict is continuous or habitual, from the day on which it ceased."[75] But what of the *terminus ad quem*? That is to say, when is prescription interrupted or suspended? This question is not peacefully settled. To evaluate the various arguments, the following historical context is useful.

Ulpian

In Ulpian's commentary on the *Lex iulia de adulteriis* (18 BC), he wrote: "The five-year period [of prescription for the crime of adultery] is to be understood as running from the day on which [the crime] was committed,

[72] J. Miñambres, "Commentary on Canon 201," in *Exegetical Comm*, 1:1102.

[73] Chiappetta, *Commento*, 1:267. "Forse sarebbe stato opportuno stabilire, a completamento della suddetta norma, una presunzione a favore di uno dei due tempi—come esiste in alcune legislazioni civili—per i casi in cui la legge no dice nulla. Comunemente, per altro, il tempo si considera continuo, perché tale è per sua natura. Il tempo utile deve risultare espressamente, in modo esplicito o implicito, dalla legge." For a similar argument, see R.T. Kennedy, "Commentary on Canons 197-203," in *CLSA Comm2*, 234-235.

[74] Brown, "Prescription and Statutes of Limitation," 414; Astigueta, "Delitti imprescrittibili," 116; Nkouaya Mbandji, *La prescription en droit canonique*, 115-117.

[75] *CIC*/1983 c. 1362 § 2. "Praescriptio decurrit ex die quo delictum patratum est, vel, si delictum sit permanens vel habituale, ex die quo cessavit."

until the day on which he or she is accused—not until the day on which the trial as a whole is brought to a close."[76] That is to say, Ulpian understood the introduction of the libellus of private accusation to interrupt criminal prescription.

Classical period

Gratian, unfortunately, does not explicitly treat prescription in criminal matters in any detail, although his treatment of prescription in contentious matters is extensive.[77] In contentious matters, Gratian said that the running of prescription was interrupted by the joinder of issue.[78] This was also the opinion of Tancred.[79]

The unanimous doctrine of the civilians is succinctly stated by Balbo. Explicitly following Bartolus, Balbo maintained "that prescription is interrupted only by offering the criminal libellus [of accusation] to the judge. The citation [of the accused] is not required, neither is the joinder of issue."[80] Farinacci clearly followed this doctrine and explicitly applied it to ecclesiastical cases: "criminal prescription is said to be interrupted when the [private] accuser has presented a complaint or libellus of accusation, or when the public prosecutor [*fiscus*] has directed the judge to conduct an investigation

76 *Dig*., 48.5.30.7. "Quinquennium autem ex eo die accipiendum est, ex quo quid admissum est, et ad eum diem, quo quis postulatus postulatave est, et non ad eum diem, quo iudicium de adulteriis exercetur." In civil matters, *postulare* "refers to the request addressed to a magistrate for granting an action;" in criminal matters, it is synonymous with *accusare* ("to accuse"). A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* [hereafter *EDRL*], s.v. "postulare." See *Dig*., 3.1.1.2. The word *iudicium* poses particular difficulties for the translator as it may signify either the entire judicial proceedings (and thus taken as synonymous with *actio*), or it may signify only the judgement itself (and thus taken as synonymous with *sententia*). Berger says that the latter use "is hardly classical; [further,] in criminal matters, *iudicium* [usually] refers to the trial as a whole." *EDRL*, s.v. "iudicium."

77 GRATIAN, *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum: una cum glossis, Gregorii XIII, Pont. max. iussu editum*, Rome, In aedibus Populi Romani, 1582, C. 16.

78 C. 16 q. 3 d.p.c. 15.

79 TANCRED, *Ordo iudiciarius*, in F.C. BERGMANN, *Pilii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 199. "Effectus litis contestatione … est, ut interrumpatur quaelibet praescriptio, ut C. 16 q. 3 c. 15."

80 G.F. BALBO, *Tractatus de praescriptionibus*, Cologne, Antonius Hieratus, 1610, 4.4.2.11. "Qualiter autem interrumpatur praescriptio in criminibus, not. Bartolus in *l.naturaliter.in fin.comm.ff.de usuca.* ubi concludit, quod praescriptio de qua *in d.l.querela* interrumpitur per solam oblationem libelli criminalis factam iudici, & quod non requiritur citatio, vel litis contestatio."

ex officio—even before the citation has occurred, contrary to [the procedure] in civil [i.e., contentious] cases."[81]

The *votum* of the consultor for *Lublinensis*, following Farinacci and Balbo, maintained that prescription was interrupted "either by a formal complaint or inquisition or another procedural act."[82] The decree *Lublinensis* itself, however, unfortunately did not address the point,[83] leaving "the last two great proceduralists of the *Corpus iuris canonici*, Lega and Wernz, [to agree] that in the decretalist system, there was a gap in the law concerning the *terminus ad quem* of the prescription of a criminal action."[84]

CIC/1917

Although *Lublinensis* specified continuous time, the 1917 code introduced the novelty of *useful* time, as we have already noted. Therefore, in addition to the *interruption* of prescription (which *resets* the clock), we must consider the *suspension* of prescription (which *pauses* the clock). Schema E, the fifth of the seven drafts of the 1917 code, is intriguing on this point. The proposed draft c. 197 § 1 read: "But in criminal cases, the time of prescription is not suspended by the citation, but only by a condemnatory sentence in first instance."[85] This draft canon was almost certainly influenced by the Italian penal code, which held criminal prescription to be interrupted by a definitive sentence of condemnation.[86] In any event, this canon was omitted in the sixth draft, and no norm *explicitly* regulating the interruption or suspension of

[81] P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, 4th ed., Venice, 1609, no. 28. "Hanc primam regulam, ut non procedat, quando ante praescriptionem completam, vel accusator querelam, seu libellum accusationis porrexisset, vel fiscus & eo instante iudex ex officio inquisitionem formasset: tunc enim dicitur interrupta praescriptio in criminalibus, etiam non interveniente citatione, licet secus fit in civilibus."

[82] Sacred Congregation of Bishops and Regulars, *Lublinensis*, 686. "… sive per querelam vel inquisitionem vel alium actum procedendi."

[83] Michiels notes this but does not himself explicitly take a position, only referring the reader to the studies of Wernz and Czajka. Michiels, *De delictis et poenis*, 2:335, fn. 1.

[84] Llobell, "Sull'interruzione," 643. "Gli ultimi due grandi processualisti del sistema del *Corpus Iuris Canonici*, Lega e Wernz, concordavano nel sostenere che nel sistema decretalista vi fosse una lacuna di legge sul termine *ad quem* della prescrizione dell'azione penale." Llobell provides an excellent, brief historical account of the existence of a *lacuna legis* before the *CIC*/1917 in ibid., 643-645.

[85] Roberti, *Codicis iuris canonici schemata*, 196-197. "In causis criminalibus vero non suspenditur praescriptionis tempus per citationem, sed duxtaxat per sententiam primi gradus condemnatoriam."

[86] Lega, *Commentarius*, 1:509, fn. 1. "Codex Italicus poenalis ponit praescriptionem interrumpi aut sententia definitiva condemnationis in contradictorio aut contumaciali; art. 93."

criminal prescription was included in the 1917 code.[87] This is unfortunate, for "despite Lega and Wernz having [had] a very important role in [the drafting of] the first codification … the *CIC*/1917 did not establish with precision the terms of the interruption or suspension of the prescription of the penal action."[88]

The question is, then: "Was a norm regulating the interruption of criminal prescription *implicitly* provided for in the 1917 code?" This is a difficult question, and authors did not agree.[89] Those who argued in favour of an implicit provision based their arguments in part on c. 1725.[90] "When the citation has been legitimately accomplished … : 1º the matter ceases to be *res integra*; 2º the cause becomes proper to the judge or tribunal before whom the action was instituted; 3º prescription is interrupted, unless provision has been made otherwise, according to the norm of c. 1508; 4º the lawsuit begins to be pending; and therefore the principle immediately applies: *lite pendente, nihil innovetur*." Authors agreed that had c. 1725, 4º not *explicitly* cited c. 1508 (which governed contentious causes only), it would have been a clear indication of the interruption of criminal prescription by the citation of the accused. Since it did explicitly cite c. 1508, there was a doubt. Did c. 1725, 4º apply only to contentious causes, or to both contentious and criminal causes?

Cardinal Lega argued that since c. 1725, 4º explicitly cited c. 1508, and since c. 1508 applied only to contentious actions, c. 1725, 4º could not be applied to criminal actions.[91] Arguing from the silence of the law, Lega appealed to the penal code of Gregory XVI for the Papal States: "Any judicial procedural act interrupts the running of prescription, which begins again

[87] W.M. KETTRON, "The Extinguishment of Action in Criminal Causes: A Study of the Exclusion of Criminal Action by Reason of Beneficial Time," Rome, Gregorian University, 1963, 133. Kettron argues that this was due, at least in part, to the innovation of adopting *useful* rather than *continuous* time (ibid., 94; 129).

[88] LLOBELL, "Sull'interruzione," 645. "Malgrado Lega e Wernz avessero un ruolo molto importante nella prima codificazione … il CIC 1917 non stabilì con precisione i termini dell'interruzione o della sospensione della prescrizione dell'azione penale."

[89] For a survey of the divergent opinions of Lega, Wernz, Chelodi, Bernardini, and Cappello, see KETTRON, "Extinguishment of Action," 133-137. Kettron followed the minority position of Wernz.

[90] *CIC*/1917 c. 1725. "Cum citatio legitime peracta fuerit … : 1º Res desinit esse integra; 2º Causa fit propria illius iudicis aut tribunalis, coram quo actio instituta est; … 4º Interrumpitur praescriptio, nisi aliud cautum sit, ad normam can. 1508; 5º Lis pendere incipit; et ideo statim locum habet principium: *lite pendente, nihil innovetur*."

[91] LEGA, *Commentarius*, 1:508.

with this act."[92] Wernz, on the other hand, maintained that "no one is deprived of the possession of their public status of innocence by a judicial citation alone, but only by a condemnatory sentence [issued] in first instance. Only this [sentence] is said to interrupt prescription."[93] Michiels argued that the law was not in fact silent, and that c. 1725, 4º did apply; for which reason, he argued that prescription was interrupted "by the legitimate citation of the accused, according to the norm of law (cc. 1711-1723)."[94]

In our opinion, the position of Cardinal Lega was the strongest.[95] He described the operation of the interruption of criminal prescription thus:

> The preliminary investigation of canons 1939-1946 [ordinarily precedes] the introduction of a criminal action; it is permitted for the promoter of justice to make the accusation when the investigation [*inquisitio*] has demonstrated that there is a solid and probable foundation for the accusation. For which reason, it is not the investigative acts [of the preliminary investigation] which are able to interrupt prescription, but only the accusatory acts of a procedure introduced by the promoter of justice.[96]

If, after the preliminary investigation, "it should appear that the denunciation lacks solid foundation, this is to be declared in the acts and these same acts are to be placed in the secret archive of the curia."[97] In this case, it is

[92] GREGORY XVI, *Regalomento sui delitti e sulle pene*, 20 September 1832, 4:177-195, in ANTONIO MARIA BERNASCONI (ed.), *Acta Gregorii Papae XVI*, Rome, S.C. de Propaganda Fide, 1904, 4:177-195. "Qualunque atto di processo giudiziale interrompe il corso della prescrizione, la quale incomincia di nuovo da quest' atto;" quoted in LEGA, *Commentarius*, 1:509.

[93] F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, 3rd ed., Rome, Ex Typographia Polyglotta S.C. de Prop. Fide, 1905-1914, 5:10, fn. 22. "… a possesione status publici innocentiae nemo deiicitur per solam iudicialem citationem, sed tantum per sententiam condemnatoriam primi gradus, ex qua sola potius dicenda esse interrumpi praescriptio." This was also the law of Italy until 1 January 2020; see ITALY, *Penal Code* [Codice penale], 19 October 1930, www.brocardi.it/codice-penale, art. 160. As of 1 January 2020, in virtue of LEGGE 9 gennaio 2019, n. 3, the running of prescription is only *suspended* (not interrupted) by a sentence or decree of condemnation; see www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/01/16/18G00170/sg.

[94] MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:351. "… citatio rei ad normam iuris (cc. 1711-1723) legitime peracta."

[95] Kettron states that it was the majority position, citing Chelodi, Conte a Coronata, and Bernardini. KETTRON, "Extinguishment of Action," 134.

[96] LEGA, *Commentarius*, 1:509. "Criminali actionis introductioni praevia est inquisitio c. 1939-1953; et promotori iustitiae fas est accusationem instaurare quum inquisitio demonstraverit accusationi solidum et probabile adesse fundamentum. Quamobrem non sunt actus inquisitivi qui praescriptionem interrumpere valent, sed tantum actus processus accusatorii iam introducti a promotore iustitiae."

[97] *CIC*/1917 c. 1946 §2, 1º: "Si appareat denuntiationem solido fundamento esse destitutam, id declaretur in actis et acta ipsa in secreto Curiae archivo reponantur."

not permitted for the promoter of justice to cite the accused. On the other hand, "should there be certain or at least probable and sufficient arguments, the accused is to be cited"[98]—thus interrupting prescription. However, the effect of the interruption [of criminal prescription] vanishes if the libellus offered by the promoter of justice is rejected [by the judge], or if the accusation is not admitted [according to] canon 1915, or if a sentence of absolution issues forth [at the end of the process]; for then it is reckoned that the interruption was null. But if a sentence of condemnation should result … then prescription certainly is interrupted.[99] This description of the interruption of criminal prescription is reasonable. Nevertheless, when four of the most eminent canonists of the period—Lega, Wernz, Michiels, and Cappello—do not agree, and each one has presented reasonable arguments, this disagreement seems sufficient to establish a *dubium iuris*.[100]

CIC/1983

During the period of reform, the coetus entrusted with procedural law discussed *CIC*/1917 c. 1725, 4º on 24 October 1967.[101] The sixth consultor proposed that the word *interrumpitur* be replaced by *suspenditur*, and all agreed.[102] There is no record of any discussion regarding the motivation for this proposed change, and neither the 1983 code (c. 1512, 4º) nor the 1990 code (c. 1194, 4º) adopted it. Significantly, however, the explicit reference to contentious causes was removed. The relevant canon now reads: "When

98 *CIC*/1917 c. 1946 § 2, 3º: "Si denique certa vel saltem probabilia et sufficientia ad accusationem instituendam argumenta praesto sint, citetur reus ad comparendum et procedatur ad ulteriora ad normam canonum qui sequuntur."

99 Lega, *Commentarius*, 2:543. "At interruptionis effectus evanescerit si libellus a promotore iustitiae oblatus respueretur vel non admitteretur accusatio (c. 1915) vel sententia prodiret absolutionis … ; quare tunc aestimatur nulla interfuisse interrumptio. Si vero prodeat sententia condemnationis … tunc certe interrumpitur praescriptio."

100 "A doubt of law (*dubium iuris*) occurs when it is impossible to achieve moral certainty concerning the law's meaning, applicability in a particular case, or force. Even experts cannot resolve the doubt. … If there exist alternative interpretations of a law or fact, and each is supported by objective reasons, this leads to uncertainty. The doubt must be positive, founded on reasons pro and con. … The doubt must also be probable, that is, the reasons pro and con are sound." Huels, "Commentary on Canon 14," 67.

101 Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, Coetus studiorum "De processibus," sessio III, 23-27 October 1967, 134-135, in *Comm*, 38 (2006), 118-155.

102 Ibid., 135. "In n. 4° Rev.mus sextus Consultor proponit verbum '*suspenditur* praescriptio' loco 'interrumpitur'. Omnes assensum praebent. Non autem assentiuntur Consultores Rev.mo octavo Consultori, qui vellet dicere expresse praescriptionem suspendi relate ad personam conventam tantum. Consultores, enim, praeferunt relinquere hanc quaestionem doctrinae."

the citation has been communicated legitimately or the parties have appeared before the judge to pursue the case … 4° prescription is interrupted unless other provision is made."[103]

Does the new formulation fill the *lacuna legis* regarding the *terminus ad quem* of criminal prescription? Unfortunately, the ambiguous phrase *nisi aliud cautum sit* leaves room for doubt, and most authors are silent on this point.[104] Llobell argues that the *lacuna legis* of *CIC*/1917 (c. 1725, 4º) remains in the *CIC*/1983 (c. 1512, 4º).[105] His first argument is that, just as in the former discipline, both the context and content of the canon indicate application only to contentious matters.[106] Although this is not a particularly cogent argument, his second two-pronged argument is stronger. The first prong is that, even if c. 1512, 4º were to apply to criminal matters, the phrase *nisi alius cautum sit* indicates that other means of interruption are possible. The second prong is that c. 1726 requires the judge in an ongoing criminal trial, "if it is clearly established that the delict was not committed by the accused … to declare this by means of a sentence and to absolve the accused."[107] The same canon continues, requiring the judge to do this "even if it is also established that the criminal action is extinct."[108] This phrase is also ambiguous and can be interpreted in two ways. Llobell interprets the phrase in the following manner: IF a criminal action is NOT extinct before the citation, AND IF the citation does NOT interrupt prescription, THEN a criminal action can be extinguished during the trial (c. 1726).[109]

Nkouaya Mbandji, on the other hand, interprets the phrase differently: IF a criminal action IS extinct before the citation, AND IF this juridic fact is unknown, AND IF it is clearly established that the accused did not commit

[103] *CIC*/1983 c. 1512. "Cum citatio legitime notificata fuerit aut partes coram iudice steterint ad causam agendam … 4° interrumpitur praescriptio, nisi aliud cautum sit." The formulation of *CCEO*/1990, c. 1194 is nearly identical.

[104] Llobell cites ten respected authors who "do not seem to have examined the question." LLOBELL, "Sull'interruzione," 646, fn. 19.

[105] Ibid., 653-655. Llobell is followed here by S. LOPPACHER, *Processo penale canonico e abuso sessuale su minori: Un'analisi dei recenti sviluppi normativi intorno al "delictum contra sextum cum minore" alla luce degli elementi essenziali di un giusto processo*, Dissertationes: Series Canonica, no. 50, Rome, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, 2017, 123-129; CITO, "Questioni sulla prescrizione," 38-40; PAGLIALUNGA, "La prescrizione nel diritto penale canonico," 344-350. Chiappetta asserts the contrary but provides no argument for this assertion; CHIAPPETTA, *Commento*, 3:104.

[106] LLOBELL, "Sull'interruzione," 654.

[107] *CIC*/1983 c. 1726. "… evidenter constet delictum non esse a reo patratum, … id sententia declarare et reum absolvere."

[108] Ibid. "… etiamsi simul constet actionem criminalem esse extinctam."

[109] LOLBELL, "Sull'interruzione," 654-655.

the delict, THEN the sentence of absolution must still be declared by the judge, EVEN IF it is also established that the criminal action was extinct before the citation (c. 1726).[110] Nkouaya Mbandji reasons: "This is justified by the fact that, in the case of penal prescription, the principles of *favor rei* … and that of *favor veritatis* … prevail, [such that] the established truth must be expressly declared and that, by law, the accused must be restored to his good name."[111]

In light of these conflicting arguments, together with the unfortunate silence of most authors regarding the *terminus ad quem* of criminal prescription, it does not seem possible to arrive at moral certainty on this point. If there is a true *dubium iuris*, until such time as an authentic interpretation is made by the supreme legislator, it must be resolved in favour of the accused—in which case, the running of criminal prescription must be held to be interrupted only by a sentence or decree of condemnation in first instance.[112]

It is unfortunate that none of the more recent studies mentions the 2010 Rotal decision *coram* McKay.[113] In the *in iure* section, the late Scottish prelate auditor states: "The libellus [of accusation] having been admitted, the accused must be immediately summoned to the trial, according to cc. 1507-1510; the [accused] having been duly cited, prescription is interrupted (c. 1512, 4º)."[114] To be sure, this passing reference to the interruption of prescription in a single Rotal decision cannot resolve a genuine doubt of law; indeed, no number of such decisions could do so in a penal case (c. 19). The opinion of McKay, however, cannot be dismissed lightly. Although the legislative tradition certainly indicates that prescription *ought* to be interrupted by the citation, nevertheless, for the reasons expressed above, it remains for the legislator to clarify this doubt.

[110] NKOUAYA MBANDJI, *La prescription en droit canonique*, 112.

[111] Ibid., 112-113. "Ceci se justifie par le fait qu'en matière de prescription pénale, priment les principes du *favor rei* … et celui du *favor veritatis*, … la vérité connue soit expressément déclarée et que par le droit, l'accusé soit rétabli dans sa renommée." For a similar argument, see CITO, "Prescription," 195-196.

[112] Paglialunga concludes her study of criminal prescription with the statement: "Data l'esiguità delle risorse bibliografiche, provocata dallo scarso interesse della dottrina in materia e dalle lacune legislative, non è in oggetto la soluzione a tutti i quesiti pratici e terminologici, che vengono presentati come ancora aperti" (357).

[113] Msgr. Gerard McKay was a prelate auditor of the Roman Rota from 2004 until his death on 29 December 2018.

[114] TRIBUNAL OF THE ROMAN ROTA, *coram* McKay, 23 July 2010, in *IE*, 25 (2013), 99. "Libello autem admisso, in iudicium, servatis quidem cann. 1507-1510 CIC, continuo vocandus est accusatus; hoc vero rite citato, interrumpitur itaque præscriptio (can. 1512.4° CIC)."

Positive Law or Natural Law?

Prima facie, it may seem that criminal prescription is purely a matter of positive law. Upon deeper reflection, however, it becomes clear that this institute is of a mixed nature, containing elements of both positive and natural law. Only a few authors have considered this distinction, and no detailed study has been done. Lega considers contentious prescription to be of the natural law, but criminal prescription to be of positive human law. "We have demonstrated and received the doctrine that prescription in contentious matters is accurately founded upon the law of nature itself or [the law] of nations; but we are not prepared to assert the same thing in criminal matters."[115] Unfortunately, Lega provides no further details. Cappello says: "The foundation or reason for [contentious] prescription is the common good. … It does, indeed, depend upon the natural law, but it more closely and immediately proceeds from and is governed by positive law."[116] Cappello does not specifically treat criminal prescription in this context. Loppacher says that "the current practice of derogating from prescription … runs the risk of being at odds with principles which are ultimately rooted in natural law."[117] Sciacca, relying upon the authority of Roberti and Palazzi, simply states that "the institute of prescription is rooted, albeit mediately, in the natural law."[118]

An element of criminal prescription clearly pertaining to positive law is the determination of the specific length of time of the period of prescription for a particular delict. For example, there is nothing intrinsic to the delict of homicide which demands a period of prescription of ten years (*CIC*/1917 c. 1703, 3º) rather than five years (*CIC*/1983 c. 1362 § 1, 2º; cf. c. 1397). On the other hand, the right of defence is an element of criminal prescription

[115] "In contentiosis probavimus et admisimus doctrinam, praescriptionem in ipso iure naturae seu gentium proxime fundari; ast idem asserere non audemus in re criminali."

[116] CAPPELLO, *Summa*, 2:618. "Fundamentum seu ratio praescriptionis est bonum commune. … Nititur quidem iure naturale, at proxime et immediate ex iure positivo procedit ab eoque regitur."

[117] LOPPACHER, *Processo penale canonico*, 138. "… l'attuale prassi di derogare alla prescrizione … corra il rischio di mettersi in contrasto con del principi, che in ultima analisi risultano radicati nel diritto naturale."

[118] G. SCIACCA, "Principio di legalità e diritto penale canonico," *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (25 March 2019) 11, http://dx.doi.org/10.13130/1971-8543/11449. "Secondo la considerazione di autorevoli Autori, l'istituto della prescrizione si radica, seppur mediatamente, nel diritto naturale." Sciacca cites F. ROBERTI and P. PALAZZINI (eds.), *Dizionario di teologia morale*, 3rd rev. ed., s.v. "prescrizione e usucapione." The pertinent sentence reads: "Origine prossima ed immediata della p. è il diritto positivo, quantunque l'origine remota e mediata sia da ricercarsi nel diritto naturale."

which clearly pertains to the natural law. Michiels's clearest and strongest statement we have already mentioned above: "In order utterly to avoid … the serious danger of punishing an innocent person, … natural equity certainly urges—in fact, demands—that any delicts whatsoever, after a determined period of time, simply be accounted prescribed and no longer subject to punishment."[119] Since the right of defence pertains to the natural law (major), and the right of defence is increasingly threatened the longer prosecution is delayed (minor), this element of criminal prescription pertains to the natural law (conclusion). In other words, although the institute of criminal prescription is not *in se* a matter of the natural law, it is closely connected with the natural law right of defence.

Rationale

To understand the code's rationale for the prescription of criminal actions, we first need to understand its rationale for penalties. As the stated rationale is not the same for all penalties in the code, a basic understanding of the three fundamental categories of penalty is also necessary.

Rationale for Penalties in the *CIC*/1917

The first paragraph of the first canon of the section of the *CIC*/1917 entitled, "on penalties in general," asserted: "It is the native and proper right of the Church—independent of any human authority—to coerce offenders subject to her with penalties, both spiritual and even temporal."[120] The second paragraph of this introductory canon provided a lengthy quotation from the Council of Trent, of which only the final purpose clause directly concerns us here. Trent's stated threefold purpose for punishing offenders was as follows: ecclesiastical authorities were to punish offenders "in order that discipline (without harshness) be maintained, which is so wholesome

[119] MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:324-325. "Ad quae pericula … puniendi innocentem … penitus vitanda aequitas naturalis quammaxime suadet, quinimmo exigit, ut quaecumque delicta post certum temporis spatium simpliciter censeantur praescripta et nulli poenae obnoxia." For an argument in favour of imprescriptibility, see NKOUAYA MBANDJI, *La prescription en droit canonique*, 240-254.

[120] *CIC*/1917 c. 2214 §1. "Nativum et proprium Ecclesiae ius est, independens a qualibet humana auctoritate, coercendi delinquentes sibi subditos poenis tum spiritualibus tum etiam temporalibus." Gasparri supported this assertion with no fewer than sixteen sources, spanning the centuries from Gratian to Pius IX. Cf. *CIC*/1983 c. 1311.

and necessary for the people; that those who are corrected amend [their lives]; or, if they should refuse to come to their senses, that others, reflecting upon their salutary example, be deterred from vices."[121] We might restate this rationale as to provide for the common good (i.e., the public order), to correct the offender, and to deter others. Although the specifically *punitive* aspect of a penalty is only implicit in this quotation from Trent, the next canon makes it explicit in its definition of "penalty." "An ecclesiastical penalty is the privation of some good for the correction of the offender and the punishing [*punitionem*] of the delict, imposed by legitimate authority."[122] We will see the importance of this distinction between correction and punishment as we consider the different kinds of penalty.

The code's threefold rationale for penalties is also seen in the three species of penalty, although there is not a one-to-one correspondence and sometimes there is overlapping. "Medicinal penalties or censures,"[123] "by which a contumacious offender is deprived of certain spiritual goods or [of temporal things] attached to spiritual [things],"[124] have as their primary end the offender's amendment of life. Once he has amended his life, that is to say, once he has "withdrawn from contumacy, he is to be absolved."[125] More precisely, "one is said to have desisted from contumacy when one has truly repented of the delict committed and at the same time has made fitting satisfaction for damages and for the scandal, or has at least seriously promised"[126] to do so. Thus, censures seem to be imposed for the first two reasons expressed in law: in order that "discipline be maintained"—that is to say, that the common good be protected by means of restoring the order of justice and repairing the scandal—and that the offender amend his life.[127] Considered formally, medicinal penalties lack the aspect of vindictiveness or expiation in the strict sense.

121 *CIC*/1917 c. 2214 § 2. "ut sine asperitate disciplina, populis salutaris ac necessaria, conservetur et qui correcti fuerint, emendentur aut, si resipiscere noluerint, ceteri, salubri in eos animadversionis exemplo, a vitiis deterreantur."

122 *CIC*/1917 c. 2215. "Poena ecclesiastica est privatio alicuius boni ad delinquentis correctionem et delicti punitionem a legitima auctoritate inflicta." The verb *punio* can mean "avenge" or "revenge" in a sense equivalent to *ulciscor*, but this usage is rare. See C.T. Lewis and C. Short (eds.), *A Latin Dictionary*, ed. s.v. "punio."

123 *CIC*/1917 c. 2216, 1°. "Poenis medicinalibus seu censuris."

124 *CIC*/1917 c. 2241 § 1. "… qua … delinquens et contumax, quibusdam bonis spiritualibus vel spiritualibus adnexis privatur."

125 *CIC*/1917 c. 2241 § 1. "… a contumacia recedens, absolvatur."

126 *CIC*/1917 c. 2242 § 3. "Contumaciam desiisse dicendum est, cum reum vere delicti commissi poenituerit et simul ipse congruam satisfactionem pro damnis et scandalo dederit aut saltem serio promiserit."

127 Cf. *CIC*/1983 c. 1341.

Vindictive or expiatory penalties, on the other hand, "are those which aim directly at the expiation of the delict, such that their remission does not depend upon the offender's cessation of contumacy."[128] This is not, of course, their *exclusive* aim, but it is their primary aim. Since expiation is their primary aim, a judge is able "to suspend the execution of an ordinary [vindictive] penalty inflicted by a condemnatory sentence [for a first-time offender], unless there is an urgent necessity of repairing the scandal."[129] In such a case, the code ranks the public or common good higher than what might be considered the "private good" of an individual in a particular circumstance. On the other hand, "if the observation of a *latae sententiae* vindictive penalty [would cause or increase the] infamy and scandal [rather than repair it], any confessor in the [internal] sacramental forum is able to suspend the obligation of observing"[130] it. The relationship between vindictive punishment and scandal is also illuminated by the fact that the most serious vindictive penalty of degradation was "only able to be imposed … if the cleric, already deposed and [perpetually] deprived of the clerical habit, continues to give grave scandal for one year."[131] In this final case, it would appear that, the offender giving signs of being incorrigible, the primary motivation for imposing the penalty is to repair scandal.

Penal remedies have as their primary purpose the correction of the offender. The warning (*monitio*) of c. 2306, 1º intends that one withdraw from "a near occasion of committing a delict,"[132] and so intends primarily one's amendment of life. A rebuke (*correptio*), on the other hand, is to be issued when "on account of one's conduct there has arisen scandal or grave disturbance of [the social] order."[133] Both the correction of the offender and the repair of scandal are motives here. "A judicial rebuke, [however,] has no place … when the ordinary judges that it is not sufficient to repair the scandal and restore justice."[134] If these warnings and rebukes have not had their

[128] *CIC*/1917 c. 2286. "Poenae vindicativae illae sunt, quae directe ad delicti expiationem tendunt ita ut earum remissio e cessatione contumaciae delinquentis non pendeat."

[129] *CIC*/1917 c. 2288. "… nisi urgeat necessitas reparandi scandalum … poenae ordinariae per sententiam condemnatoriam inflictae exsecutionem suspendere."

[130] *CIC*/1917 c. 2290 § 1. "… si ex observatione poenae vindicativae latae sententiae, reus seipsum proderet cum infamia et scandalo, quilibet confessarius potest in foro sacramentali obligationem servandae poenae suspendere."

[131] *CIC*/1917 c. 2305 § 2. "… ferri solummodo potest … si clericus, iam depositus et habitu clericali privatus, grave adhuc scandalum per annum praebere pergat."

[132] *CIC*/1917 c. 2307. "… in proxima occasione delictum committendi."

[133] *CIC*/1917 c. 2308. "Si ex alicuius conversatione scandalum vel gravis ordinis perturbatio oriantur, est locus correptioni."

[134] *CIC*/1917 c. 1948. "Correptio iudicialis locum habere nequit … 3º Quando Ordinarius existimet eam non sufficere reparationi scandali et restitutioni iustitiae."

intended effect, "a [penal] precept is given, which clearly indicates what one must do or avoid, and which threatens a penalty in the case of a transgression"[135] of the terms of the precept. The primary motive here is the reform of the offender. In grave cases of recidivism, whether actual or suspected, the penal remedy of "surveillance" (*vigilantia*) can be imposed, which also has as its primary motive the reform of the offender.[136]

"Penances are imposed in the external forum in order that an offender may either avoid a penalty [which otherwise would have been imposed], or receive absolution [for a censure] or dispensation [for a vindictive] penalty already contracted."[137] These "penances ought to be milder and lighter than those [penalties] which were able to have been inflicted and ought to have been inflicted in a criminal trial by a condemnatory sentence."[138] This norm would seem to be primarily for the sake of encouraging judicial confessions and avoiding lengthy and costly criminal trials.

We concur with Lega's assessment that, in general, "the punitive power of the Church is intended more for the amendment and correction of the offender than for the avenging of the delict."[139] Such, in brief, was the disposition of the *CIC*/1917.

Rationale for Penalties in the *CIC*/1983

The *CIC*/1983 begins its treatment of punishment in much the same way as did the *CIC*/1917, asserting the Church's "native and proper right to coerce offending members of the Christian faithful with penal sanctions."[140] The *CIC*/1983 states its own threefold rationale for the imposition or declaration of penalties in the following terms: "to repair scandal, restore justice, [and] correct the offender."[141] This expression synthesizes various elements of similar expressions found in the earlier discipline.[142] The Tridentine

[135] *CIC*/1917 c. 2310. "… datur praeceptum, quo quid agere quidve evitare praeventus debeat, accurate indicetur, cum poenae comminatione in casu transgressionis."

[136] *CIC*/1917 c. 2311.

[137] *CIC*/1917 c. 2312 § 1. "Poenitentiae in foro externo imponuntur ut delinquens vel poenam effugiat, vel poenae contractae absolutionem aut dispensationem recipiat."

[138] *CIC*/1917 c. 1952 § 2. "… poenitentiae … mitiora et leviora esse debent iis, quae in criminali iudicio per sententiam condemnatoriam ipsi infligi … possent et deberent."

[139] LEGA, *Commentarius*, 1:20.

[140] *CIC*/1983 c. 1311. "Nativum et proprium Ecclesiae ius est christifideles delinquentes poenalibus sanctionibus coercere."

[141] *CIC*/1983 c. 1341. "… scandalum reparari, iustitiam restitui, reum emendari."

[142] The same three elements are expressed—two explicitly, one implicitly—in *CIC*/1917 c. 1954. Although no single c. of the *CIC*/1917 *explicitly* cited all three elements in a manner

element of deterrence was not explicitly mentioned, although one might argue that it was implicitly or tacitly resumed in virtue of the cited source (*CIC*/1917 c. 2214 § 2).

The same basic categories of penalty were resumed—medicinal and expiatory (no longer referred to as "vindictive")—although there was a great reduction in the number of penalties. The number of *latae sententiae* penalties in particular was notably reduced, and the category of expiatory censures was suppressed. In the *CIC*/1983, therefore, all censures are medicinal.

As is well known and much discussed, the application of penalties in the *CIC*/1983 is intended to be an extraordinary means of providing for ecclesiastical discipline.[143] The ordinary means of disciplining the Christian faithful are fraternal correction, official rebuke, and pastoral solicitude.[144]

Rationale for Prescription of Action

Seven principal reasons for the prescription of criminal action have been advanced by various authors, but no single author offers a comprehensive treatment or synthetic view.[145] Some authors do not treat this subject at all.[146] Without understanding the reasons for prescription, the current disposition of law regarding this institute cannot be evaluated critically. We must, therefore, offer at least a summary of the principal reasons adduced by the best authors for this institute.

Avoidance of scandal

The reparation of scandal is listed first in the threefold rationale for the application of penalties. If the application of a penalty in a particular case should cause or exacerbate scandal rather than repair it, it would undermine

identical to *CIC*/1983 c. 1341, each of the following cc. of the *CIC*/1917 explicitly cited two of the three elements: cc. 661 § 1; 855; 1935 § 1; 1948; 1951 § 3; 1952 § 1; 2223 § 3, 2°; 2302. Taken together, all three elements of the *CIC*/1983 expression are explicitly expressed in the *CIC*/1917.

143 *CIC*/1983 c. 1317. "Poenae eatenus constituantur, quatenus vere necessariae sint ad aptius providendum ecclesiasticae disciplinae."

144 *CIC*/1983 c. 1341. "… fraterna correctione … correptione … pastoralis sollicitudinis."

145 Michiels's treatment is the best, but even he only devotes one short paragraph to each of the four reasons adduced by him for prescription. MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:324-326.

146 ROBERTI, *De delictis et poenis*, 2nd ed., Vatican City, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, 1944; idem, *De processibus*; WOESTMAN, *Ecclesiastical* Sanctions, 91-92; BORRAS, "Commentary on Canon 1362," 425-427.

one of the three purposes of ecclesiastical penalties. The other two purposes—the restoration of justice and emendation of the offender—may still be well-served by applying a penalty in a particular case, but the cumulative effect of the penalty would have to be assessed.[147]

Ecclesiastical discipline, the public order, the common good—all of these things are disturbed by a delict. In other words, a delict of its nature causes objective scandal. The scandal or harm to society decreases over time, and thus also the need for judicial activity to address the scandal. To prosecute a totally occult delict long after the fact would cause rather than alleviate scandal. The modern doctrine of extinctive prescription in this regard is deeply rooted in Roman law. To cite only a few examples, Ulpian, commenting upon the *Lex iulia de adulteriis*, reasoned that "a crime which has been asleep for five continuous years is not to be disturbed."[148] Similarly, Theodosius argued against prosecuting an offense which had been "consigned to oblivion and long-lasting silence."[149] Finally, Anastasius issued a general prescription of all actions after forty years in forceful terms: "After the running of forty [continuous] years, without doubt let it slumber and be not disturbed by any private or public law [*ius*] concerning any cause or person, since it has been extinguished by the continuous silence of the aforesaid forty years."[150]

Cardinal Lega is the principal recent ecclesiastical author in favour of this view. Before the promulgation of the *CIC*/1917, he wrote that "the harm done, by its own very nature, fades with the passage of time; or the disturbance of the social order caused by the crime ceases."[151] Lega explicitly followed Carrara in this opinion,[152] who had written that one of the principal reasons for prescription was "the cessation of social interest in punishment."[153]

[147] *CIC*/1983 c. 1324 grants broad discretionary powers to the judge in the application of penalties.

[148] *Dig*., 48.5.30.5. Ulpian. "… ne crimen quinquennio continuo sopitum excitetur."

[149] *Codex Theodosianus*, in P. Krüger and T. Mommsen (eds.), *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, vol. 1b, Berlin, Weidmann, 1905, 4.14.1.1 [hereafter *Cod. Th.*]. "… tradita oblivioni et diuturno silentio."

[150] *Codex Iustinianus*, in P. Krüger (ed.), *Corpus iuris civilis*, 5th ed., vol. 2, Berlin, Weidmann, 1892, 7.39.4.1 [hereafter *Cod.*]. Anastasius. "… quadraginta curriculis annorum procul dubio sopiatur, nullumque ius privatum vel publicum in quacumque causa in quacumque persona, quod praedictorum quadraginta annorum extinctum est iugi silentio, moveatur."

[151] Lega, *Praelectiones*, 4:252. "… congruum est ut aliquo post tempore praescribatur quia damnum *mediatum*, suapte natura, tractu temporis evanescit seu cessat illa ordinis socialis perturbatio crimine inlata."

[152] Ibid., 4:260.

[153] Carrara, *Programma*, § 718, 2:218. "Le ragioni della prescrizione dell' *azione* sono due.— 1° Il *cessato interesse sociale* alla punizione. 2° Il pericolo che l'innocente *non possa difendersi* pel ritardato esercizio dell'azione."

Lega discussed this at further length after the promulgation of the *CIC*/1917. "Indeed, time [itself] is the foundation of and reason for [the institute of criminal] prescription, as it is obviously expedient for the public good that a crime which is already forgotten by men and is, as it were, dead and laid to rest so far as the public is concerned, in that its pernicious effects are no longer felt—it is expedient, I say, not to call that [crime] to mind again by means of a judicial controversy, lest the scandal and disturbance of minds should be renewed."[154]

When a crime is committed, it harms society *objectively* by transgressing the order of justice. This objective harm (*damnum*) also harms society's individual members *subjectively* by causing them to be offended (in the juridic language of the day, "scandalized") by this objective disorder. The mere passage of time does not, of course, in itself repair the *objective* harm done to the order of justice. *Subjectively*, however, the passage of time usually serves to diminish the scandal, as the members of society either grow accustomed to, forgive, or simply forget yesterday's crimes. If one should re-introduce the memory of a crime long-forgotten by means of a public prosecution, one re-inflicts (in a certain way) the subjective harm caused by the original crime; in a sense, such a prosecution could be said to multiply the subjective effects of a particular crime.

There is one notable citation of this principle in recently published praxis of the Roman curia. The facts of the case are these. Around 1994, a religious priest, "due to grave violations *de sexto* against minors [c. 1394 § 2], was convicted before a civil tribunal."[155] Inexplicably and unjustly, no canonical penal process was initiated at that time. Some eight years later—when any canonical penal action had already been extinguished in virtue of c. 1362 § 1, 2º—the priest's procurator general petitioned the pope via the Congregation

[154] LEGA, *Commentarius*, 1:498. "Imo tempus est praescriptionis fundamentum et ratio, quippe expedit reipublicae ut crimen quod est iam e memoria hominum et est veluti in re publica abolitum et sopitum cuius perniciosi effectus non amplius persentiuntur expedit, inquam, idem in memoriam non revocare et in iudicialem contentionem ne scandalum et animorum perturbatio renovetur." For concurring opinions, see P. BÖCKHN, *Commentarius in ius canonicum universum*, Salzburg, Mayr, 3:229; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici: ad usum utriusque cleri et scholarum*, 3rd rev. ed., Turin, Marietti, 1948, 3:137; A. VERMEERSCH and J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici: cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*, 7th ed., Museum Lessianum: Section théologique, Mechelen, Dessain, 1949, 3:60; F.X. WERNZ and P. VIDAL, *Ius canonicum*, 7th ed., Rome, Gregorian University, 1949, 6:315-316; MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:325.

[155] CONGREGATION FOR DIVINE WORSHIP AND THE DISCIPLINE OF THE SACRAMENTS, private letter refusing a request for dismissal from the clerical state *ex officio et in poenam*, Prot. No. 103/02/S, 15 November 2002, 279, in WOESTMAN (ed.), *Ecclesiastical Sanctions*, 279.

for Divine Worship to dismiss that priest from the clerical state *ex officio et in poenam*. The Cardinal Secretary of State, in communicating the negative response of the pope to the congregation, did not mention prescription explicitly. Implicitly, however, prescription was invoked as one the reasons motivating the pope's refusal. "With nearly nine years passing since these delicts were committed and nearly eight years passing since this priest's criminal conviction [in civil court], the scandal that was provoked by these actions has subsided."[156]

Such a response would be justly questioned today. As the ongoing sexual abuse crisis in the Church demonstrates, grave scandal also arises when hierarchical superiors neglect their duty to investigate allegations of misconduct[157] or even impede such investigations.[158] It is important to recognize, however, that the cause of that scandal is not the juridic institute of prescription but rather the negligence and/or abuse of power of individual office holders.

Expiation

Michiels proposed as his third rationale that, after a long period of time, one guilty of a crime may have already expiated his fault.

> Many are the bad things and torments which an offender regularly must patiently endure before the complete prescription of a delict—such as, among others, remorse of conscience, danger of discovery and accusation, fear of imminent punishment, and on account of this continual anxiety. Not without merit are these thought sufficient, with the result that the harm to society caused by the offender is deemed by the social authority duly expiated and repaired, and accordingly, [the same authority] quite reasonably refrains in the future from [applying] the penalty established by law.[159]

156 Ibid. The other reason cited for the refusal was that the priest in question was "in danger of death."

157 This unpleasant fact was clearly one of the primary motivations for Francis, apostolic letter *motu proprio* concerning the procedure for removing bishops and those equivalent to them in law from office on account of negligence *Come una madre amorevole*, 4 June 2016, in *AAS*, 108 (2016), 715-717 [hereafter *CUMA*].

158 See idem, apostolic letter *motu proprio* instituting new procedures for the preliminary investigation of allegations of the sexual abuse of minors or other vulnerable persons involving prelates *Vos estis lux mundi*, 7 May 2019, art. 1 § 1 b, w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa_francesco [hereafter *VELM*].

159 Michiels, *De delictis et poenis*, 2:325. "Plurima mala atque tormenta ante totalem delicti praescriptionem a delinquente regulariter perpessa, qualia sunt, inter cetera, concientiae remorsus, periculum divulgationis et accusationis, timor poenae imminentis, ac propterea anxietas continua, non immerito habentur sufficientia ut damnum ab eo societati illatum ex

This rationale obviously is not to be applied in cases of habitual, continuous, or repeat offenders. Nevertheless, this rationale may reasonably be applied to first-time offenders.[160]

Presumption of emendation

After the passage of a long period of time without having committed a delict, it may reasonably be presumed that the offender has emended his way of life.[161] If he has not, then one should expect additional delicts to have been committed more recently, which would still be subject to criminal prosecution. This principle is recognized in both civil and ecclesiastical commentaries.

> If a man guilty of a [capital] crime should be in perpetual fear of accusation and death, additional [crimes] might be committed in desperation; on the other hand, one who has the hope of avoiding a penalty after twenty years is more readily prompted to a decent and honest life, lest by evil living he fall under suspicion of having committed a crime. … Therefore, [criminal actions] are taken away by twenty years, since one who has committed a delict, but afterwards constantly lives a disciplined life, may be considered to have sinned more due to impulse, ignorance, or weakness, rather than to malice [*dolus*].[162]

Similarly, Sciacca writes: "According to the logic underlying the institute of prescription, it is reasonable to assume that after some time the offender (who

parte auctoritatis socialis censeatur debite expiatum et reparatum, ac proinde ut in futuro iam rationabiliter abstineatur a poena legi adnexa." For a similar view, see SCIACCA, "Principio di legalità e diritto penale canonico," 13.

160 Cf. *CIC*/1917 c. 2223 § 3, 2°. "A poena infligenda abstinere, si reus perfecte fuerit emendatus, et scandalum reparaverit, aut sufficienter punitus sit vel puniendus praevideatur poenis auctoritate civili sanctis;" cf. *CIC*/1983 c. 1344, 2°. "… a poena irroganda abstinere vel poenam mitiorem irrogare aut paenitentiam adhibere, si reus emendatus sit et scandalum reparaverit, aut si ipse satis a civili auctoritate punitus sit vel punitum iri praevideatur."

161 Cf. *CIC*/1917 c. 2223 § 3, 2°; *CIC*/1983 c. 1344, 2°. These canons allow the judge to exercise discretion in the application of penalties in cases where the offender is considered to have emended his life and repaired the scandal, or has been punished sufficiently already.

162 BÖCKHN, *Commentarius*, 3:226-227; quoted in MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:325-326; and also in L. NAVARRO, "A General Canonical Backgrounder for Interpreting the USCCB *Essential Norms* in the Context of the Evolution of Canonical Penal Law," in P.M. DUGAN (ed.), *Towards Future Developments in Penal Law: U.S. Theory and Practice*, Gratianus Series, Wilson & Lafleur, 228, fn. 69. "Enimvero, si criminis reus in perpetuo accusationis et mortis metu sit futurus, in desperationem actus ulterius grassabitur; dum secus spe poenae vicennio evadendae facilius ad verecundiam ac honestam vitam erit excitandus, ne interea per mores improbos in patrati criminis suspicionem deducatur. … Ideo, viginti annis crimina tolli, quia, qui equidem deliquit, sed tam constanter postea modeste vixit, magis videtur peccavisse impetu, ignorantia, aut infirmitate, quam dolo."

is obviously not a repeat offender) has been rehabilitated."[163] The following commentary on the *Model Penal Code* of the United States offers a similar rationale: "If the [offender] refrains from further criminal activity, the likelihood increases that he has reformed, diminishing the necessity for imposition of criminal sanctions. If he has repeated his criminal behaviour, he can be prosecuted for recent offenses committed within the period of limitations. Hence, the necessity of protecting society against the perpetrator of a particular offense becomes less compelling as the years pass."[164] This seems reasonable.

Tacit condonation

CIC/1917 c. 1702 stated: "Every criminal action is extinguished by the death of the accused, condonation by legitimate authority, and the lapse of useful time for the introduction of a criminal action."[165] This canon, which referred to *express* condonation by legitimate authority, was resumed nearly verbatim in the *CCEO*/1990.[166] Its omission in the *CIC*/1983[167] raises a doubt about its applicability to the Latin church. Most authors are silent,[168] although at least one author argues for it.[169]

Be that as it may, since public accusations remain reserved to the promoter of justice,[170] if the promoter of justice does not act in a particular criminal case before the term of prescription expires, that particular criminal action is extinguished by prescription. In this way, the promoter of justice

[163] SCIACCA, "Principio di legalità e diritto penale canonico," 13. "Nella logica presuntiva sottesa all'istituto della prescrizione, è quindi ragionevole supporre che a distanza di tempo il reo (che ovviamente non sia recidivo) si sia riabilitato."

[164] AMERICAN LAW INSTITUTE (ed.), *Model Penal Code and Commentaries: Part I: §§ 1.01 to 2.13*, Philadelphia, American Law Institute, 1985, commentary on § 1.06.

[165] *CIC*/1917 c. 1702. "Omnis criminalis actio perimitur morte rei, condonatione legitimae potestatis, et lapsu temporis utilis ad actionem criminalem proponendam."

[166] *CCEO*/1990, c. 1152 § 1. "Omnis actio poenalis exstinguitur morte rei, condonatione auctoritatis competentis et praescriptione;" cf. Pius XII, c. 222. "Omnis criminalis actio perimitur morte rei, condonatione legitimae potestatis, et praescriptione."

[167] It was initially proposed in PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, Praevium schema canonum de delictis in genere a Pio Ciprotti apparatum cum adnotationibus, 27 December 1966, c. 34, in *Comm*, 44 (2012), 549-565; it was not resumed in idem, *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus*, Vatican City, Typis polyglottis Vaticanis, 1976, or in subsequent schemata.

[168] GREEN, "Commentary on Canon 1362," 1573; WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions*, 91-95; CHIAPPETTA, *Commento*, 2:692-694; J.A. RENKEN, *The Penal Law of the Roman Catholic Church*, Ottawa, St. Paul University, 2015, 191-195.

[169] BORRAS, "Commentary on Canon 1362," 425.

[170] *CIC*/1983 c. 1721 § 1; cf. *CIC*/1917 c. 1934; *CCEO*/1990, c. 1472 § 1.

who has received a denunciation but does not initiate a penal process within the time limits established by law may be said to have condoned the offense *tacitly*, in virtue of not acting. Similarly, an interested party who has suffered harm due to an offense, but who does not denounce the offender within the time limits established by law, may also be said to have tacitly condoned or forgiven the offense. This principle is well expressed in the rule of law, "He who keeps silent, seems to consent."[171] This rule does not apply to those who lack the legal or moral capacity to consent, such as minors, vulnerable adults, and those who lack the use of reason.

Michiels, in the scholium appended to his treatment of the rationale for extinctive prescription, argued against describing the inactivity of the promoter of justice as tacit condonation.[172] He argued that tacit condonation had place only in contentious matters concerning an individual and private good; in contentious matters concerning the public good and in all criminal matters, the promoter of justice was bound to intervene *ex officio*. While Michiels's argument is sound in general, it overlooked the two special cases treated in c. 1938: "§ 1. In a case of *iniuria* or defamation, a prior denunciation or complaint of the injured party is required in order to bring a criminal action."[173] In this first case, the non-exercise of a private person's right to *denounce* brings about the extinction of a criminal action by prescription after one year.[174] This may said to be "tacit condonation" in an improper or extended sense.[175] If, however, the *iniuria* or defamation is grave or concerns a cleric or religious, "a criminal action can also be brought *ex officio*."[176] In this second case, the promoter of justice is allowed to exercise discretion; the canon says that he is *able* to bring an action (*potest*), not that he is *obliged* to do so (*debet*).[177] Should he choose not to exercise his right, in due course the action will be extinguished by prescription. Therefore, it would seem that there is at least one case in the

[171] *Liber sextus decretalium*, in E. FRIEDBERG (ed.), *Corpus iuris canonici*, vol. 2, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1879, 5.12 RI 43 [hereafter VI]. "Qui tacet, consentire videtur;" cf., however, VI 5.12 RI 44: "Is, qui tacet, non fatetur; sed nec utique negare videtur;" *Dig*., 50.17.142: "Paulus. Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare."

[172] MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:326.

[173] *CIC*/1917 c. 1938 § 1. "In causa iniuriarum aut diffamationis, ut actio criminalis instituatur, requiritur praevia denuntiatio aut querela partis laesae."

[174] *CIC*/1917 c. 1703 § 1, 1°.

[175] Roberti called it "*remissio querelae partis laesae*." ROBERTI, *De processibus*, 1:603.

[176] *CIC*/1917 c. 1938 § 2. "Sed si agatur de iniuria aut diffamatione gravi, clerico vel religioso, praesertim in dignitate constituto, illata, aut quam clericus vel religiosus alii intulerit, actio criminalis institui potest etiam ex officio."

[177] Roberti has also noticed this. ROBERTI, *De processibus*, 1:604.

CIC/1917 of tacit condonation indirectly bringing about the extinction of criminal action by prescription.[178]

Before the *CIC*/1917, a private individual had the right to accuse in the public forum, and therefore could also renounce this right—whether expressly ("express condonation") or tacitly ("tacit condonation"). Tacit condonation would come about simply through the non-exercise of the right for the period of time specified in law. Farinacci, in the context of his treatment of the delict of *iniuria*, argued that "by keeping silent for one year, the injured party seems to have remitted the offense." After the *CIC*/1917, the right to accuse was reserved to the promoter of justice; nevertheless, the same principle applies, as was well stated by Conte a Coronata: "The philosophic rationale upon which extinctive prescription of action is founded is the *presumed* will of the party to whom the action is conceded of renouncing his right."[179] The promoter of justice, therefore, by keeping silent for the period of time prescribed by law, tacitly renounces his right to accuse in the public forum.[180]

A similar view was expressed by the author of *Black's Dictionary*: "A statute which declares that, after the expiration of a given period, a man shall be confirmed in the presumption of his innocence, or, if he be guilty, that the State will surrender its right to visit him with the penalties of violated law, is an act of grace, an amnesty, a condonation of the prior offense."[181]

[178] There is also a case of tacit condonation extinguishing a contentious action, but this is not disputed by Michiels or other authors. See *CIC*/1917 c. 1129 § 2. "Tacita condonatio … praesumitur … nisi sex intra menses coniugem adulterum expulerit vel dereliquerit, aut legitimam accusationem fecerit." Since private individuals no longer had the faculty to accuse, one might have expected *denuntiationem* rather than accusationem here; cf. *CIC*/1983 c. 1152 § 2. "Tacita condonatio … praesumitur … si per sex menses coniugalem convictum servaverit, neque recursum apud auctoritatem ecclesiasticam vel civilem fecerit;" *CCEO*/1990, c. 863 § 2. "Tacita condonatio … praesumitur … si per sex menses consortium vitae coniugalis servavit neque auctoritatem ecclesiasticam vel civilem de re adiit." As is often the case, the formulation in the *CCEO*/1990 is more precise than the parallel formulation in the *CIC*/1983.

[179] CONTE A CORONATA, *Institutiones*, 3:137. "Ratio philosophica qua statuta est praescriptio exstinctiva actionum est *praesumpta* voluntas partis, cui actio concessa est, renuntiandi suo iuri."

[180] Perhaps Michiels was considering the end rather than the means when he wrote "quod actionis criminalis praescriptio fundatur in *renuntiatione iuri puniendi ex parte ipsius auctoritatis socialis ecclesiasticae supremae*." MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:326. What is renounced is, more precisely, the right to *accuse*, not the right to *punish*.

[181] H.C. BLACK, *An Essay on the Constitutional Prohibitions against Legislation Impairing the Obligation of Contracts, and against Retroactive and Ex Post Facto Laws*, Boston, Little, Brown, 1887, 298.

Encouragement of vigilance

Before the *CIC*/1917, both a private and public person could introduce a criminal action; since the *CIC*/1917, this right is reserved to the promoter of justice. The promoter of justice is "bound by his office to provide for the common good"[182] within a reasonable amount of time after having received a denunciation or being informed of a public delict. If an injured party neglects his moral obligation—formerly also an obligation of positive law[183]—to denounce, the right of the promoter of justice to accuse may be extinguished by prescription. Similarly, if the promoter of justice neglects his moral and positive law obligation to accuse, his right to accuse may also be extinguished by prescription. One of the reasons for extinctive prescription, then, is to discourage negligence or, to state this reason positively, to encourage vigilance.

When one loses a right—in this case, either a right to denounce or a right to accuse—one may truly be said to have suffered a loss (*damnum*). Not all losses, however, are the result of injustice. Some losses are the result of one's own negligence. When prescription runs against someone, is the loss (*damnum*) of a right (*ius*) an injustice (*iniuria*)? Ioannes Andreae considered this question in two ways. In the first place, he observed that "in the case of one against whom prescription runs, although he may suffer *damnum*, nevertheless he does not suffer *iniuria*, since on account of his own negligence he himself deserves to suffer *damnum*."[184] The distinction being made is that although one may indeed have suffered loss in the broad sense (for example, the loss of a piece of property due to acquisitive prescription, or the loss of a right due to extinctive prescription), one has not suffered loss in the strict legal sense, since according to a more ancient rule of law, "one who experiences *damnum* because of his own fault is not said to experience *damnum*."[185] In other words, one who has suffered a loss through one's own negligence cannot bring an action for *damnum iniuria datum*.[186] The loss of

[182] *CIC*/1983 c. 1430. "Ad causas contentiosas, in quibus bonum publicum in discrimen vocari potest, et ad causas poenales constituatur in dioecesi promotor iustitiae, qui officio tenetur providendi bono publico."

[183] *CIC*/1917 c. 1935 §2.

[184] IOANNES ANDREAE, *In titulum de Regulis iuris novella commentaria*, Venice, Apud Franciscum Franciscium, 1581, ad VI 5.12 RI 2, fl. 58v. "Nam videmus manifeste, quod ille, contra quem currit praescriptio, quamvis patiatur damnum, non tamen patitur iniuriam, quia ipse propter suam negligentiam meretur pati damnum."

[185] *Dig*., 50.17.203. "Pomponius. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire." Berger defines *damnum* as any "loss [or] expenditure suffered … particularly a loss ensuing for the owner of a thing." *EDRL*, s.v. "damnum."

[186] "The loss [*damnum*] inflicted upon the owner must be the result of a wrongful act [*iniuria*]." *EDRL*, s.v. "Lex Aquilia." See *Inst*., 4.3; *Dig*., 9.2; *Cod*., 3.35.

the promoter of justice's right to accuse by the operation of extinctive prescription is due either to the delay of the one who ought to have denounced an offender, or to his own delay in accusing *ex officio*. It is certainly true that "one who delays harms oneself,"[187] but such self-inflicted harm is not the consequence of an unjust act of another.

The second part of Andreae's answer is based upon a harmonization of several principles of the natural law which are in tension with one another. He asks, "Is prescription contrary to the natural law?"[188] Andreae goes on to argue that the *regula iuris* in question must not always and in every case be taken literally, for if it were, two other more important precepts of the natural law would have to be set aside.

> If prescription and usucaption are taken away, the sin of negligence—which is opposed to the common good—is not punished. Consequently, one draws away from that rule of the natural law which says that it is right that sin is punished—and especially sin which is opposed to the common good, which furnishes the material for lawsuits and disputes. Further, if usucaption and prescription are taken away, one draws away from that rule of the natural law which says that the public and common good is to be preferred to any particular and private good of anyone whoever.[189]

And so, there must be a balance. Richard Helmholz concludes his own survey of this material thus: "Virtually every legal system in fact admits claims based upon no source of title save the passage of time—and this without hesitation or shame. Sophisticated observers rightly regard the law of prescription as standing 'among the most important and most beneficial of legal institutions.'"[190] Lega has summarized these arguments well. "Certainly, the right of accusing concerns the state, which today initiates an action of this kind through the [civil] magistrate or the promoter of justice. This man must accuse in virtue of his office; if he should neglect [his duty] to accuse, he commits an offense. For which reason, if his negligence in

[187] VI 5.12 RI 25. "Mora sua cuilibet est nociva."

[188] IOANNES ANDREAE, *Commentaria*, ad VI 5.12 RI 2, fl. 57v. "Praescriptio an sit contra ius naturale?"

[189] Ibid., ad VI 5.12 RI 2, fl. 58v. "Si autem praescriptio & usucapio tolluntur, peccatum negligentiae, quod est contra bonum publicum, non punitur, & per consequens receditur ab illa regula iuris naturae, quae dicit, quod rectum est peccatum puniri, & maxime peccatum contra bonum publicum, quod dat materiam litium & rixarum. Ulterius etiam, si usucapio & praescriptio tolluntur, receditur ab illa regula iuris naturae, quae dicit, quod bonum publicum & commune est praeferendum cuicumque bono speciali & proprio."

[190] R.H. HELMHOLZ, *The Spirit of Classical Canon Law*, 3rd ed., Spirit of the Laws, Athens, University of Georgia Press, 2010, 176. The embedded quotation is from R. ZIMMERMAN, "Extinctive Prescription in German Law," in E. JAYME (ed.), *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens*, Heidelberg, 1994, 153.

accusing should bring about the prescription of action, there would be a double effect. The state would consider the negligence of the magistrate as an established fact, as well as undertake to prove it; and then, [the state] would dismiss the … citizen, immune from punishment."[191] Avoiding the harm to society caused by the negligence of public officials is one of the motivating reasons for extinctive prescription.

Juridic certainty

According to Gaius, usucaption—or, as we would say today, acquisitive prescription in contentious matters—"was introduced for the sake of the public good, lest ownership of certain things should be uncertain for a long time and nearly forever, since [the passage of a] fixed period of time should be sufficient for owners inquiring about their own things."[192] Although this rationale was given with respect to usucaption, *mutatis mutandis*, it may fittingly be applied to extinctive prescription as well.

Indeed, Justinian himself did just that. In 529, Justinian decreed the following concerning periods of pendency in criminal causes: "We decree that criminal cases must always end within two years, reckoned continuously from the joinder of issue; under no pretext shall they be prolonged for a longer time. Rather, after the cause has been pending for more than two years, we declare the accused absolved."[193] Why should it be in the public interest for the law to establish a time within which a case must be concluded? Justinian provided the following rationale in a subsequent law: "It seems good to us to promulgate this law, lest causes should become almost immortal and exceed the bounds of the life of men."[194] Helmholz,

[191] LEGA, *Commentarius*, 1:499. "Sane ius accusandi pertinet ad rempublicam; quae hodie per magistratum, promotorem iustitiae, eiusmodi actionem instaurat. Hic ex suo munere accusare debet, et si negligit accusare, delinquit. Quare si eius negligentia in accusando pareret praescriptionem actionis, duplex haberetur discrimen. Respublica veluti ratam haberet atque probaret magistratus negligentiam et deinde scelestum civem a poena immunem dimitteret." Identical text in LEGA, *Praelectiones*, 4:252, except for the older title "promotor fiscalis" instead of the modern title "promotor iustitiae."

[192] *Dig*., 41.3.1. "Gaius. Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium."

[193] *Cod*., 9.44.3. "Criminales causas omnimodo intra duos annos a contestatione litis connumerandos finiri censemus, nec ulla occasione ad ampliora produci tempora, sed post bienii excessum minime ulterius lite durante accusatum absolvi" (1 April 529).

[194] *Cod*., 3.1.13 pr. "Properandum nobis visum est, ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant."

commenting upon this passage, agrees: "As we [lawyers] say today, so said the canonists: at some point the law must put an end to the upset of lives and minds caused by uncertainty and litigation."[195] This was also the view of Böckhn. "Prescription … has in mind not so much [the principle] *favor rei* … as the security of innocent citizens. … It is better, therefore, after a long period of time, to leave the accused alone and no longer to admit any accusation, rather than expose the innocent to perpetual uncertainty and danger."[196] This has remained the view of modern canonists. Lega wrote: "It is expedient for the state that the rights of citizens be certain and not disputed."[197] In the same vein, Vermeersch-Creusen asserts: "An action is able to be extinguished … lest rights always remain uncertain;"[198] Huysmans: "this juridic institute [exists for the sake] of the common good and juridic certainty;"[199] Sciacca: "The need for certainty in legal situations, which underlies the principle of legality, is also the foundation of the institute of prescription in the criminal field."[200]

The commentary on the *Model Penal Code* of the United States of America makes an interesting contribution to this rationale. "It is desirable to reduce the possibility of blackmail based on a threat to prosecute or to disclose evidence to enforcement officials."[201] Reflecting upon the testimony of Archbishop Viganò of 22 August 2018,[202] it is evident that this is neither an insignificant nor purely theoretical consideration. As the commentary aptly says, extinctive prescription, or "statutes of limitations … promote repose by giving security and stability to human affairs."[203]

195 HELMHOLZ, *The Spirit of Classical Canon Law*, 193.

196 BÖCKHN, *Commentarius*, 3:229. "Praescriptio … non tam spectet favorem & indulgentiam reis praestandam, quam securitatem ipsorum civium innocentium. … Praestat ergo post tanti temporis decursum … reo parcere, nullamque porro accusationem admittere, quam innocentes aeternae incertitudini ac periculo exponere."

197 LEGA, *Commentarius*, 1:19. "Verum expedit Reipublicae iura civium esse certa et non controversa."

198 VERMEERSCH and CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, 3:60. "Actio … exstingui potest … ne iura semper incerta maneant."

199 R.G.W. HUYSMANS, *Algemene Normen van het Wetboek van Canoniek Recht*, Novum commentarium Lovaniense, no. 1, Leuven, Peeters, 1993, 351. "Dit rechtsinstituut … van het gemeenschappelijk welzijn en de rechtszekerheid daarin."

200 SCIACCA, "Principio di legalità e diritto penale canonico," 11. "L'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, sottesa al principio di legalità, è anche a fondamento dell'istituto della prescrizione in campo penale."

201 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, commentary on § 1.06.

202 C.M. VIGANÒ, testimony, 22 August 2018, https://s3.amazonaws.com/ifesite/CMV TESTIMONIANZA.pdf.

203 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, commentary on § 1.06.

Protection of the right of defence

The principle of *favor rei* is well expressed in the famous dictum of Trajan as reported by Ulpian: "It is better to let a guilty man's crime go unpunished than to condemn an innocent man."[204] Carrara wrote that one of the primary reasons for extinctive prescription is to counteract "the danger that the innocent *cannot defend himself* because of the delayed exercise of the action."[205] The essential insight here is that material proofs—including access to and memories of witnesses—deteriorate over time.[206] Conversely, the opportunity for the prosecution to suborn witnesses or otherwise manipulate the evidence increases over time.[207] These two facts taken together make the prosecution of criminal actions increasingly odious the longer they are removed from the initial offense.

Böckhn appeals to the concept of fairness (*aequum*) and to the importance of juridic certainty (*securitas*) regarding the determination of rights, particularly in penal matters.

> If you take away [the juridic institute of extinctive] prescription, … how much more difficult it would be for those who have to defend themselves after so many years, when perhaps witnesses of their innocence have died or have gone to other places, and false accusers, assiduously waiting for a long time, have in the meantime been able to secure a more certain result [of the trial] by means of false proofs. Accordingly, the greater regard here for the common good is to maintain prescription, in whatsoever delicts, even the gravest, rather than to exercise vengeance; since it is more expedient and fairer to grant security to citizens against accusations than to [criminal] actions against [citizens].[208]

204 *Dig.*, 48.19.5.pr. "Ulpianus. … Satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari."

205 Carrara, *Programma*, § 718, 2:218. "Le ragioni della prescrizione dell' *azione* sono due.— 1.º Il *cessato interesse sociale* alla punizione. 2° Il pericolo che l'innocente *non possa difendersi* pel ritardato esercizio dell' azione."

206 This view is also expressed in G. Sciacca, "Principio di legalità e diritto penale canonico," 11.

207 See the recent scientific studies cited in R. Fitzgibbons, "Accusations against Priests: The Need for More Justice and Psychological Science," in *Homiletic and Pastoral Review* (29 January 2015), www.hprweb.com. Fitzgibbons is a practicing psychiatrist with over forty years of experience treating priests accused of sexual abuse and is a consultant for the Congregation for the Clergy.

208 Böckhn, *Commentarius*, 3:229. "Si praescriptionem tollas … quo difficilius post tot annos mortuis forsitan vel in alia loca dispersis innocentiae testibus se adversum calumniatores, qui studiose diutius expectare, & certiori demum eventu falsis probationibus agere possent, sese defensuri essent. … Maior proin ratio hic boni communis est, ut in quibuscumque, gravissimis etiam, delictis … sustineatur praescriptio, quam ut vindicta post tanti temporis intervallum exerceatur; cum aeque & magis expediat, ut cives aliquando contra accusationes, quam contra alias actiones securi reddantur."

Lega focuses on the difficulty of securing reliable witnesses after a great length of time, and the very real danger to the common good and natural justice this poses. "In criminal matters, the strongest proof is obtained from witnesses; but with the progress of time, these either die or forget the facts. It is also easy to suborn witnesses … with the result that innocent citizens—themselves bereft of any defence—may easily suffer because of the deceit and hatred of false accusers. Consequently, it is necessary to limit the time for the exercise of criminal action, which provides for, in the first place, the public good, that is to say, it serves to protect justice."[209] For Michiels, the fundamental problem with imprescriptible actions is "the objective difficulty of administering justice after the lapse of a certain period of time and the subsequent danger of punishing the innocent."[210] He reiterates the difficulty of self-defence "on account of a defect in the means of proof, in particular of witnesses."[211] Because of the *objective* difficulty with conducting a fair trial after the lapse of a long period of time, "the public authority—not only with grave detriment to the dignity and good reputation of tribunals, but also with significant cost to the common good—is either wasting its time or exposing itself to the serious danger of punishing an innocent person. … For the sake of utterly avoiding this danger and detriment, natural justice certainly urges—in fact, demands—that any delicts whatsoever, after a determined period of time, simply be accounted prescribed and no longer liable to punishment."[212]

This is also the principle reason proposed by the *Model Penal Code* of the United States. "First, and foremost, is the desirability that prosecutions

[209] LEGA, *Commentarius*, 1:500. "Alia ratio repetitur ex *ipso* criminoso, qui post diuturnum tempus difficilius experiretur suam defensionem. Nam in re criminali probatio potissimum obtinetur per testes; at hi progressu temporis vel decedunt vel facta obliviscuntur. Testium autem facilis est corruptio; quocirca si accusator auro et muneribus comparet sibi testes et data opera differat accusare quando accusato amplius non suppetunt testes in suam defensionem, fit ut insontes cives facile patiantur, quacumque destituti defensione, calumniatorum fraudes et odium. Inde necessitas praefiniendi tempus exercitio actionis criminalis, quae prospicit, in primis bono publico, seu tutelae inservit iustitiae."

[210] MICHIELS, *De delictis et poenis*, 2:324. "Prima ratio est difficultas objectiva administrandi iustitiam post certum temporis lapsum et periculum tunc puniendi innocentem."

[211] Ibid. "Obvium est quod post diuturnum tempus, et hanc praecise ob rationem, tum delicti probatio tum praesertim accusati defensio non exiguas patiuntur difficultates (puta propter defectum mediorum probationis, praesertim testium)."

[212] Ibid., 2:324-325. "atque propterea auctoritas publica non solummodo cum gravi dignitatis et bonae famae tribunalium detrimento, sed etiamvero cum notabili boni communis iactura, vel inutiliter terit tempus vel serio exponitur periculo puniendi innocentem. … Ad quae pericula et detrimenta penitus vitanda aequitas naturalis quammaxime suadet, quinimmo exigit, ut quaecumque delicta post certum temporis spatium simpliciter censeantur praescripta et nulli poenae obnoxia."

be based upon reasonably fresh evidence. With the passage of time memories fade, witnesses die or leave the area, and physical evidence becomes more difficult to obtain, identify, or preserve. In short, the possibility of erroneous conviction is minimized when prosecution is prompt."[213] Similarly, the recent United States Supreme Court decision, *Stogner v. California*, recalled that after the expiration of the limitation period, the citizen "may cease to preserve the proofs of his innocence."[214]

As John Beal observes, "with the passage of time, potential witnesses disappear, memories dim, relevant documents are lost or … destroyed, alleged crime scenes are razed or renovated"[215]—all of which seriously jeopardize the right of defence. The above arguments are well-summarized by Robert Oliver.[216] "Like the statutes of limitations in civil law, prescription is not a mere technicality, nor is it a means to cover up crimes. Limitations on penal process are principles of fairness, enacted to protect the interests of justice and the common good. It may be excessively difficult, for example, to prove or disprove an allegation adequately after the passage of much time. This difficulty applies not only to the person who stands accused, but also to the person harmed by the delict and to the promoter of justice."[217] The right of self-defence is very much threatened today by what Davide Cito terms "a climate of 'justicialism' [which] would always and everywhere intervene despite the passage of time."[218]

Conclusion

This study has investigated a number of theoretical questions regarding the institute of criminal prescription. The most significant conclusion of this study is that, since this institute pertains to substantive penal law, legislative changes to this institute unfavourable to the accused cannot be applied retroactively (c. 1313 § 1). To state this conclusion in another way, after the *terminus ad quem* of a period of prescription has been reached, the acquired

[213] AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, commentary on § 1.06.

[214] UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT, *Stogner v. California*, case nº 01-757, 26 June 2003, 539 U.S. 607, 3.

[215] J.P. BEAL, "Hiding in the Thickets of Law," in *America*, 187, no. 10 (2002), 18.

[216] Msgr. Robert Oliver was the promoter of justice at the CDF (2012-2014) and is currently the secretary of the Pontifical Commission for the Protection of Minors.

[217] R.W. OLIVER, "*Sacramentorum sanctitatis tutela*: The More Grave Delicts Reserved to the Congregation for the Doctrine of the Faith," in *CLSAP*, 65 (2003), 157.

[218] CITO, "Prescription," 187.

right (in the sense of c. 4) not to be accused cannot legitimately be revoked. This study has also demonstrated that prescription runs according to continuous rather than useful time. Further, although the canonical tradition and one recent Rotal sentence indicate that prescription ought to be interrupted by the citation of the accused, a reasonable argument can be made that it is only interrupted by a condemnatory sentence in first instance; as such, there is a *lacuna legis* which needs to be addressed by the legislator. Finally, of the seven *raisons d'être* for this institute adduced from the literature, the need for juridic certainty and the protection of the natural law right of defence are clearly the most important.

Studia canonica 54 | 2020, 387-405
doi: 10.2143/STC.54.2.3289263

LE SACREMENT DE PÉNITENCE DANS LE MAGISTÈRE DE FRANÇOIS

RÉFLEXIONS PASTORALES SUR QUELQUES DISPOSITIONS CANONIQUES

PIERRE-MARIE BERTHE

RÉSUMÉ — Le magistère du pape François offre de nombreuses réflexions sur le sacrement de pénitence qui, sans renvoyer directement à des normes précises, fournissent un commentaire pastoral de plusieurs dispositions du *Code de droit canonique*. Les écrits ou discours du souverain pontife concernent la confession des prêtres, la dimension instrumentale et ecclésiale du sacrement de pénitence, le rôle du confesseur, le droit à l'absolution, l'obligation du secret, la disponibilité des ministres. Désirant remettre la pénitence au centre de la vie de l'Église, François célèbre le don de la miséricorde et insiste sur l'aspect médicinal du sacrement. S'il reprend souvent les enseignements de ses prédécesseurs, le pontife s'en écarte sur certains thèmes, comme la confession des fidèles divorcés remariés. De façon générale, François valorise le discernement et invite les confesseurs à soigner la qualité de l'échange sacramentel avec leurs pénitents.

SUMMARY — The magisterium of Pope Francis offers many reflections on the sacrament of penance which, without referring directly to precise norms, provide a pastoral commentary on several provisions of the Code of Canon Law. The writings or speeches of the sovereign pontiff concern the confession of priests, the instrumental and ecclesial dimension of the sacrament of penance, the role of the confessor, the right to absolution, the obligation of secrecy, the availability of ministers. Desiring to return penance to the center of Church life, Francis celebrates the gift of mercy and emphasizes the medicinal aspect of the sacrament. If he often repeats the teachings of his predecessors, the pontiff deviates from them on certain themes, such as the confession of the divorced and remarried faithful. In general, Francis values discernment and invites confessors to take care of the quality of the sacramental exchange with their penitents.

Introduction

La crise sévère que connaît le sacrement de pénitence a conduit le magistère romain, au cours de ces dernières décennies, à livrer précisions, remarques et rappels sur la pratique de la confession[1]. Sensible au thème de la miséricorde, comme le suggère sa devise *Miserando atque eligendo*, le pape François s'est lui-même exprimé à diverses reprises sur ce sujet délicat[2]. Deux catéchèses du pontife commentent l'article du Credo « *Je crois à la rémission des péchés* », tandis qu'une troisième traite de la pénitence dans le cadre d'un enseignement sur le septénaire sacramentel[3]. Plusieurs méditations matinales du pape et ses cinq exhortations post-synodales contiennent des passages sur le sacrement de réconciliation[4]. En outre, le jubilé extraordinaire de la miséricorde (2015-2016) s'est accompagné d'écrits qui évoquent la confession[5]. Par ailleurs, en 2019, le pape a ordonné la publication d'une note rédigée par le tribunal de la Pénitencerie sur le secret de confession[6]. Surtout, comme ses prédécesseurs, François intervient régulièrement lors des cours sur le for interne organisés par la Pénitencerie à

[1] Voir en particulier Jean-Paul II, Encyclique *Dives in misericordia*, 30 novembre 1980, dans *AAS*, 72 (1980), 1177-1232; Exhortation *Reconciliatio et paenitentia*, 2 décembre 1984, dans *AAS*, 77 (1985), 185-275; Lettre apostolique m.p. *Misericordia Dei*, 7 avril 2002, dans *AAS*, 94 (2002), 452-459; Congrégation pour la doctrine de la foi, Normes pastorales *Sacramentum poenitentiae*, 16 juin 1972, dans *AAS*, 64 (1972), 51-514; Congrégation pour le clergé, *Le prêtre ministre de la miséricorde divine. Éléments pour aider les confesseurs et les directeurs spirituels*, 9 mars 2011, Libreria Editrice Vaticana, 2011. Tous ces documents peuvent aussi être consultés sur le site du Saint-Siège.

[2] Ces mots, empruntés à Bède le Vénérable dans son commentaire de l'appel de saint Matthieu (Mt 9, 9), soulignent que la miséricorde est au point de départ des choix divins.

[3] En 2013-2014, le pape a consacré ses catéchèses du mercredi aux différents articles du Credo puis aux sept sacrements. Dans ce cadre, il a offert des enseignements sur la rémission des péchés (13 et 20 novembre 2013) et sur le sacrement de pénitence (19 février 2014).

[4] Cf. François, *Méditations matinales à Sainte-Marthe*, 29 avril 2013, 25 octobre 2013, 10 octobre 2014, 20 mars 2020, www.vatican.va. Exhortations apostoliques *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, dans *AAS*, 105 (2013), 1019-1137, n° 44; *Amoris laetitia*, 19 mars 2016, dans *AAS*, 108 (2016), 311-446, n° 38, 204, 211 et note 351 ; *Gaudete et exsultate*, 19 mars 2018, n° 110 et 162, www.vatican.va ; *Christus vivit*, 25 mars 2019, n° 123 et 229, www.vatican.va; *Querida Amazonia*, 2 février 2020, n° 88, www.vatican.va.

[5] Id., Bulle d'indiction du jubilé extraordinaire de la miséricorde *Misericordiae vultus*, 11 avril 2015, dans *AAS*, 107 (2015), 399-420; Lettre apostolique accordant l'indulgence à l'occasion du jubilé extraordinaire de la miséricorde, 1er septembre 2015, dans *AAS*, 107 (2015), 974-976; Lettre *Misericordia et misera* à l'occasion de la clôture du jubilé de la miséricorde, 20 novembre 2016, dans *AAS*, 108 (2016), 1311-1327. En outre, le pape a publié durant le jubilé un livre d'entretien avec Andrea Tornielli : François, *Le nom de Dieu est miséricorde*, éd. Robert Laffont et Presses de la Renaissance, 2016.

[6] Pénitencerie apostolique, *Note sur l'importance du for interne et l'inviolabilité du sceau sacramentel*, 29 juin 2019, www.vatican.va.

l'intention des jeunes prêtres pour contribuer à la formation de bons confesseurs[7]. Dans le même temps, des initiatives pastorales en faveur de la pénitence ont vu le jour. Ainsi François est à l'origine du projet « *24 heures pour le Seigneur* » qui entend faciliter l'accès au sacrement de réconciliation durant le Carême[8]. De plus, le pape a encouragé la distribution d'examens de conscience et la diffusion de livrets de confession pour les fidèles[9]. Cet article présente les réflexions du pape François sur le sacrement de pénitence, en montrant qu'elles constituent un commentaire pastoral de certaines dispositions canoniques[10]. Six thèmes retiennent l'attention du souverain pontife : la confession des prêtres, la dimension instrumentale et ecclésiale du sacrement de pénitence, le rôle du confesseur, le droit à l'absolution, l'obligation du secret, la disponibilité des confesseurs.

1 — *La confession des prêtres*

Parmi les obligations des ministres sacrés se trouve la confession fréquente[11]. Le canon 276 note que « les clercs sont tenus par un motif

[7] Le pape François s'est exprimé devant les participants au cours annuel sur le for interne organisé par la Pénitencerie le 28 mars 2014, le 12 mars 2015, le 4 mars 2016, le 17 mars 2017, le 9 mars 2018 et le 29 mars 2019. Si elles sont parfois inspirées par l'actualité ecclésiale, les réflexions du pape révèlent presque toujours des préoccupations pastorales. En 2014, le pontife présente la confession comme une expérience de miséricorde. En 2015, François souligne quelques exigences du ministère de la confession. Lors du jubilé de la miséricorde (2016) le pape invite les prêtres à remettre la confession au centre de leur ministère. Le discours de 2017 expose les qualités qui font un « bon confesseur ». Tandis que se prépare le synode sur la jeunesse, en 2018, le pape réfléchit sur la confession des jeunes et le discernement vocationnel. En 2019, le pontife développe l'idée que la confession sacramentelle est une voie de sanctification pour le pénitent et le confesseur. Tous ces discours sont signalés par l'abréviation *DCFI*.

[8] L'initiative « *24 heures pour le Seigneur* » a été lancée en mars 2014 par le pape François. Elle prévoit que du vendredi soir au samedi soir avant le 4e dimanche de Carême, les sanctuaires et les églises du monde entier restent ouverts, jour et nuit, pour accueillir les fidèles qui voudraient recevoir le sacrement de pénitence.

[9] Le 22 février 2015, les personnes présentes sur la place Saint Pierre lors de l'Angelus ont reçu un livret intitulé « *Prends soin de ton cœur* » qui contient un examen de conscience pour se préparer à la confession. Le pape a aussi rédigé une préface à la sixième édition italienne du manuel de confession *Qui prie sauve son âme*. Ce texte a été publié dans *L'Osservatore Romano* le 5 juin 2018.

[10] Le sacrement de pénitence est évoqué au titre IV du Livre IV du *Code de droit canonique* (cc. 959-997). Au sujet des « devoirs-droits des fidèles en rapport avec le sacrement de réconciliation », voir : Dominique LE TOURNEAU, *La dimension juridique du sacré*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2012, 339-367.

[11] Cette norme reprend le canon 125 § 1 du Code de 1917 et le décret conciliaire *PO* 18 du 7 décembre 1965.

particulier à poursuivre la sainteté » (§ 1), puis propose divers moyens « pour être en mesure de parvenir à cette perfection » (§ 2). Dans ce cadre, les clercs sont exhortés « à fréquenter assidûment le sacrement de pénitence » (5°). De fait, cette recommandation vaut également pour les séminaristes (c. 246 § 4), les religieux (c. 664) et les membres des instituts séculiers (c. 719 § 3). François adopte le même point de vue, quand il présente le recours au sacrement de pénitence comme un chemin de sanctification pour les prêtres, qui maintient dans l'humilité. « Pour nous, les prêtres, le quatrième sacrement est un chemin de sanctification avant tout lorsque, humblement, avec tous les pécheurs, nous nous agenouillons devant le confesseur et nous implorons pour nous-mêmes la divine miséricorde[12] ».

Logiquement le devoir de confesser ses péchés est une norme de droit universel, car le péché n'épargne aucun baptisé, pas même les ministres de l'Église. De plus, à travers son exemple personnel, le pape suggère aux prêtres la fréquence d'une confession bimensuelle, comme le prescrit, ou du moins le recommande, la règle de nombreux instituts religieux. « Les prêtres aussi doivent se confesser, même les évêques : nous sommes tous pécheurs. Le pape aussi se confesse tous les quinze jours, parce que le pape aussi est un pécheur. Et le confesseur entend les choses que je lui dis, me conseille et me pardonne, parce que tous nous avons besoin de ce pardon[13] ».

Au dire du pontife, le prêtre qui se rend au confessionnal pour dispenser la miséricorde a besoin plus que quiconque de recevoir le pardon de Jésus. Il importe de se laisser toucher par la miséricorde pour devenir instrument de cette même miséricorde. « Quand, en tant que confesseurs, nous nous rendons au confessionnal pour accueillir nos frères et nos sœurs, nous devons toujours nous rappeler que nous sommes les *instruments* de la miséricorde de Dieu pour eux. [...] Le confesseur est lui-même un pécheur, un homme qui a toujours besoin de pardon ; il est le premier à ne pas pouvoir se passer de la miséricorde de Dieu, qui l'a «choisi» et l'a «constitué» (cf. Jn 15, 16) pour cette grande tâche[14] ».

Le pape souligne qu'il y a un ordre entre ces deux démarches. Entendre les confessions suppose d'avoir reçu l'absolution d'un ministre de l'Église. Les prêtres sont « *des pécheurs pardonnés* », avant d'être « *des ministres du pardon*[15] ». Du reste, c'est en confessant leurs péchés qu'ils apprennent à être confesseurs. « Je ne me lasserai jamais d'insister pour que les confesseurs

[12] François, *DCFI* (2019).
[13] Id., *Audience* (20 novembre 2013).
[14] Id., *DCFI* (2016).
[15] Id., *DCFI* (2019).

soient un véritable signe de la miséricorde du Père. On ne s'improvise pas confesseur. On le devient en se faisant d'abord pénitent en quête de pardon[16] ». Dès lors, le pape opère un rapprochement entre le précepte de la confession des prêtres (c. 276) et celui de leur disponibilité à donner le sacrement (c. 986 § 1), comme le faisait déjà l'exhortation *Reconciliatio et paenitentia*[17].

> « Pour être un bon ministre, un ministre efficace de la pénitence, le prêtre a besoin de recourir à la source de grâce et de sainteté présente dans ce sacrement. Nous, prêtres, à partir de notre expérience personnelle, nous pouvons dire en vérité que, dans la mesure où nous veillons à recourir au sacrement de pénitence et à nous en approcher fréquemment et dans de bonnes dispositions, nous remplissons mieux notre propre ministère de confesseurs et en assurons le bénéfice aux pénitents. Par contre, ce ministère perdrait beaucoup de son efficacité si de quelque manière nous négligions d'être de bons pénitents. Telle est *la logique interne* de ce grand sacrement ».

2 — *La dimension instrumentale et ecclésiale du ministère de la pénitence*

Le canon 959 qui introduit le titre IV relatif au sacrement de pénitence met en avant le rôle instrumental du ministre et l'aspect ecclésial de la démarche que le canon 870 du Code pio-bénédictin n'évoquait pas. Au dire du canon 959, le pénitent obtient de Dieu le pardon de ses péchés moyennant « *l'absolution donnée* » par le ministre. Le législateur attire l'attention sur la dimension instrumentale de l'action absolutoire[18]. François souligne avec insistance que le recours au prêtre agissant *in persona Christi* n'est pas surérogatoire. Il « ne suffit pas de demander pardon au Seigneur dans son propre esprit et dans son cœur », mais il « est nécessaire de confesser humblement et avec confiance ses propres péchés au ministre de l'Église[19] ». Se référant à saint Thomas d'Aquin, François rappelle que le ministre de la pénitence n'agit pas en son nom propre et que du reste il s'avère incapable de donner la grâce par lui-même. « Je dirais tout d'abord qu'il est nécessaire de toujours redécouvrir, comme l'affirme saint Thomas d'Aquin, la *dimension instrumentale* de notre ministère. Le prêtre confesseur n'est pas la source de la

[16] Id., Bulle *Misericordiae vultus*, n° 17.

[17] Jean-Paul II, Exhortation apostolique *Reconciliatio et paenitentia*, 2 décembre 1984, dans *AAS*, 77 (1985), 185-275, n° 31, VI.

[18] Tomas Rincón, commentaire c. 959, dans *CDCA3*, 687.

[19] François, *Audience*, 19 février 2014, www.vatican.va.

miséricorde ni de la grâce ; il en est assurément l'instrument indispensable, mais toujours seulement l'instrument ! »

En effet, selon l'Aquinate, « aucun être ne peut causer la grâce, hormis Dieu, à titre de causalité principale », mais les sacrements de la Loi nouvelle produisent la grâce à titre de « *cause instrumentale* » sous l'influence d'une ordination divine[20]. Saint Thomas ajoute que les ministres de l'Église agissent instrumentalement dans les sacrements, car « d'une certaine façon la définition du ministre est identique à celle de l'instrument[21] ».

Le pape tire de là des applications pastorales pour l'administration du sacrement. Quand un confesseur sait à quel niveau se situe son ministère, il prend garde à ne pas exercer sur les âmes une pression qui pourrait entraver l'action de Dieu en elles. La conviction qu'a un prêtre de n'être qu'un instrument favorise « une vigilance attentive quant au risque de devenir les «maîtres des consciences» », surtout « avec les jeunes dont la personnalité est encore en voie de formation et, pour cette raison, beaucoup plus facilement influençable[22] ». Seul le prêtre qui s'efface pour laisser apparaître « *plus clairement le Christ, grand prêtre éternel* » réalise sa vocation de « *serviteur inutile*[23] ». Le ministère de la pénitence doit être abordé « *avec une attitude de foi humble et généreuse*[24] ». Un « *regard surnaturel* » est nécessaire au confesseur, s'il veut demeurer tout à la fois humble, accueillant et miséricordieux[25].

En outre, le confesseur doit agir en qualité de ministre-serviteur de l'Église, ce qui requiert fidélité au magistère, comme le stipule le second paragraphe du canon 918. Le pape reprend cette idée, en indiquant que le « confesseur ne fait pas sa volonté et n'enseigne pas sa propre doctrine ». Bien plus, il est appelé à faire « toujours et seulement la volonté de Dieu, en pleine communion avec l'Église[26] ».

La dimension ecclésiale de la pénitence est affirmée à la fin du canon 959. Le sacrement permet la réconciliation du pécheur avec Dieu et « *avec l'Église* » qui a été « *blessée* ». Cette mention explicite d'une réconciliation avec l'Église qui souligne la portée sociale du péché ne figure ni dans les actes du Concile de Trente ni dans le Code de 1917. Elle s'appuie sur *LG* 11.

[20] Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, III, qu. 62, art. 1 « Les sacrements sont-ils cause de la grâce ? ».

[21] *Ibid*., qu. 64, art. 5 « Des méchants peuvent-ils être ministres des sacrements ? ».

[22] François, *DCFI* (2018).

[23] *Ibid.*

[24] Id., *DCFI* (2016).

[25] Id., *DCFI* (2015).

[26] Id., *DCFI* (2017).

Le propos mérite quelques éclaircissements, car ces deux démarches de réconciliation n'ont pas la même portée. Si le pécheur qui a perdu la grâce et la charité se trouve formellement séparé de Dieu et de la communion des saints, tant qu'il n'a pas reçu le pardon du Christ, en revanche il reste membre de l'Église militante en vertu de la foi de son baptême. C'est pourquoi la pénitence implique retour dans la société des justes, mais non réintégration dans la société ecclésiale, puisque le pécheur ne l'a jamais quittée[27]. De plus, la réconciliation avec l'Église que le pécheur a « *blessée* » n'est que le résultat de sa conversion personnelle[28]. Sans entrer dans le détail, François souligne que les péchés contre Dieu « sont aussi contre nos frères, contre l'Église[29] ».

De plus, pour souligner la dimension sociale et ecclésiale de la pénitence, François fait allusion à l'histoire du sacrement. Le pontife rappelle le contexte public de la pénitence aux premiers siècles de l'Église. De là, il évoque l'Esprit Saint comme principe de sanctification et d'unité dans l'Église[30]. Le pape montre en outre comment l'ensemble de l'Église participe à la conversion du pécheur, en se faisant l'écho d'un passage de *LG* 11 qui évoque le sacerdoce commun des fidèles, sans lien avec l'action du ministre sacré[31]. « Dans la célébration de ce sacrement, le prêtre ne représente pas seulement Dieu, mais toute la communauté, qui se reconnaît dans la fragilité de chacun de ses membres, qui écoute avec émotion son repentir, qui se réconcilie avec lui, qui le réconforte et l'accompagne sur le chemin de conversion et de maturation humaine et chrétienne[32] ».

27 De ce point de vue, le mot « accueillir » présente une certaine ambiguïté dans le paragraphe 31 (IV) de *Reconciliatio et paenitentia* qui note : « l'Église entière, qu'elle soit militante, souffrante ou dans la gloire du Ciel, vient au secours du pénitent et l'accueille de nouveau en son sein ».

28 Jean-Paul II, *Reconciliatio et paenitentia*, n° 31, V.

29 François, *Audience*, 19 février 2014.

30 « Au cours du temps, la célébration de ce sacrement est passée d'une forme publique – car au début elle était faite publiquement – à une forme personnelle, à la forme réservée de la confession. Mais cela ne doit pas faire perdre l'empreinte ecclésiale, qui constitue le contexte vital » : *ibid*.

31 *LG* 11 traite du sacerdoce commun des baptisés. Le passage qui traite de la pénitence n'évoque pas le prêtre qui agit *in persona Christi*, mais valorise l'action communautaire de l'Église qui coopère à la conversion du pécheur : « Ceux qui s'approchent du sacrement de pénitence y reçoivent de la miséricorde de Dieu le pardon de l'offense qu'ils lui ont faite et du même coup sont réconciliés avec l'Église, que leur péché a blessée et qui, par la charité, l'exemple, les prières, travaille à leur conversion ».

32 François, *Audience*, 19 février 2014.

3 — *Le rôle du confesseur vis-à-vis du pénitent*

Le canon 978 § 1 qui reprend le canon 888 § 1 du Code pio-bénédictin envisage le rôle des confesseurs. Le prêtre qui administre le sacrement de pénitence est juge et médecin. De plus, ministre de la miséricorde et de la justice divine, il doit se montrer attentif à l'honneur de Dieu et au salut des âmes. Cette norme apparaît en filigrane dans de nombreuses réflexions du pape sur la confession, mais François en opère une relecture personnelle qui valorise les mots « médecin », « miséricorde » et « salut des âmes ». Dès lors les termes « juge », « justice » et « honneur de Dieu » restent dans l'ombre.

Le pape rappelle certes qu'un confesseur « *comme médecin, est appelé à guérir, et comme juge à absoudre*[33] ». Cependant il ne s'attarde guère sur l'aspect judiciaire et préfère évoquer la guérison spirituelle qui libère le pécheur de sa faute et lui rend la « vie nouvelle » reçue au baptême.

> « Le Seigneur Jésus a voulu que l'Église continue son œuvre de salut également à l'égard de ses propres membres, en particulier avec le sacrement de la réconciliation et celui de l'onction des malades, qui peuvent être réunis sous le nom de «sacrements de guérison». Le sacrement de la réconciliation est un sacrement de guérison. Lorsque je vais me confesser c'est pour me guérir, me guérir l'âme, me guérir le cœur et quelque chose que j'ai fait qui ne va pas bien. L'icône biblique qui les exprime au mieux, dans leur lien profond, est l'épisode du pardon et de la guérison du paralytique, où le Seigneur Jésus se révèle à la fois médecin des âmes et des corps[34] ».

Les propos de François illustrent ce que Jean-Paul II déjà constatait en son temps : l'homme contemporain est plus sensible au caractère thérapeutique du sacrement qu'à son aspect judiciaire, alors que pourtant cette réalité s'enracine dans une longue tradition[35]. En outre, le pontife suggère que les catégories du *Code* sont insuffisantes pour présenter le rôle du confesseur dans toute son amplitude. Ainsi, il propose d'autres approches qui insistent sur la formation spirituelle : le confesseur est « *pasteur et père* », « *maître et éducateur* », mais aussi, pour les plus jeunes, « *témoin*[36] ».

Plus encore qu'au champ lexical de la médecine, François emprunte au vocabulaire de la « *miséricorde* » pour évoquer la confession. Le pape n'oublie pas les exigences d'une vraie réconciliation, notamment « *le juste engagement de réparer, autant que possible, le mal commis* », mais il présente principalement le sacrement de pénitence comme la voie sûre de la miséricorde,

33 Id., *DCFI* (2014).
34 Id., *Audience*, 19 février 2014.
35 Jean-Paul II, *Reconciliatio et paenitentia*, n° 31.
36 François, *DCFI* (2018).

un chemin qui fait passer « *de l'espérance à la certitude* » d'être pardonné[37]. Ce rite donne accès à « la fontaine de miséricorde et de grâce qui jaillit sans cesse du cœur grand ouvert du Christ crucifié et ressuscité[38] ». Grâce à Jésus qui a « *le pouvoir sur terre de remettre les péchés» (Lc 5, 24) et qui a transmis cette mission à l'Église (cf. Jn 20, 21-23)* », chacun est appelé à faire dans le sacrement de réconciliation « l'expérience de la miséricorde de Dieu et célébrer la fête de la rencontre avec le Père[39] ». Pour ce faire, le pape appelle les confesseurs à être « *un véritable signe de la miséricorde du Père* » et « *du primat de la miséricorde*[40] ».

François présente les qualités d'un vrai ministre de la miséricorde. Un confesseur ne peut en rester à l'attitude froide et formelle d'un juge, ni aux sentiments humains d'un ami, mais il doit manifester « *la charité de Dieu* » et « *l'amour d'un père* » qui va à la rencontre de son enfant, non par « *pure émotivité* », mais à cause des « *entrailles de miséricorde* » du Seigneur[41]. On retrouve ici un écho du *Directoire pour la vie et le ministère des prêtres*[42]. « Dans tous les cas, le prêtre saura maintenir la célébration de la réconciliation au niveau sacramentel en surmontant le danger de la réduire à une activité purement psychologique ou simplement formelle ». Plus précisément, le pape déplore ces « incompréhensions qui pourraient parfois naître également dans la rencontre sacramentelle ». Il dénonce « toute attitude de dureté qui juge inutilement le pécheur et non le péché[43] ». Au dire de François, beaucoup d'âmes se sont éloignées de la pénitence en raison d'expériences passées malheureuses. Le confesseur ne doit pas négliger le fait qu'il est dur de confesser ses fautes à une personne humaine.

> « N'oublions pas que les fidèles ont souvent du mal à s'approcher de ce sacrement, soit pour des raisons pratiques, soit à cause de la difficulté naturelle à confesser ses péchés à un autre homme. C'est pour cette raison qu'il faut beaucoup travailler sur nous-mêmes, sur notre humanité, pour n'être jamais un obstacle mais pour toujours encourager à s'approcher de la miséricorde et du pardon. Mais il arrive bien souvent que quelqu'un vienne nous dire : «Je ne me suis pas confessé depuis des années, j'ai eu tel problème, j'ai arrêté de me confesser parce que j'ai trouvé un prêtre qui m'a dit cela…» et on voit l'imprudence, le manque d'amour pastoral, à travers ce que

37 Id., *DCFI* (2016).
38 Id., *Audience*, 19 février 2014.
39 Id., *DCFI* (2016).
40 François, Bulle *Misericordiae vultus*, n° 17.
41 Id., *DCFI* (2014).
42 Congrégation pour le clergé, *Directoire pour la vie et le ministère des prêtres*, 31 janvier 1994, Libreria Editrice Vaticana, 1994, n° 52.
43 François, *DCFI* (2017).

> raconte cette personne. Et ils s'éloignent, à la suite d'une mauvaise expérience de confession. Si l'on a cette attitude de père, qui vient de la bonté de Dieu, cela n'arrivera jamais[44] ».

Le pape met en garde aussi contre les questions du confesseur qui seraient déplacées, voire blessantes, en se faisant indirectement l'écho du canon 979 : « Que le prêtre procède avec prudence et discrétion quand il pose des questions, en tenant compte de la condition et de l'âge du pénitent ». Certes, le confesseur, comme médecin et juge, a parfois besoin d'interroger, mais la confession ne saurait s'apparenter à une « *torture*[45] ». Loin de devenir « un interrogatoire lourd, fastidieux et envahissant », le sacrement de pénitence doit demeurer une « *rencontre libératrice*[46] ». La « *délicatesse d'âme* » est le meilleur moyen pour aider le pénitent à se confesser fréquemment.

En outre, François éclaire le canon 978 § 1 par des réflexions sur le discernement qui ont leur source dans la spiritualité ignacienne[47]. Fidèle à la pédagogie jésuite, François invite les confesseurs à trouver une réponse adaptée aux situations variées qu'ils rencontrent, en se laissant guider par le Saint-Esprit plus que par leur volonté propre. Le discernement est en effet nécessaire tant au juge qui entend dirimer une cause qu'au médecin qui propose un remède. Avant d'administrer l'absolution, le confesseur est obligé de se demander si les conditions qu'impose le droit sont réunies. Pour François, un tel discernement conduit à ne pas faire de généralisations[48]. Il réclame du confesseur « écoute humaine du pénitent et écoute divine de l'Esprit Saint[49] ».

Le pape montre l'importance du discernement dans trois situations délicates. D'abord, face aux troubles ou faiblesses psychologiques, il importe de faire la part des choses entre ce qui est spirituel et psychique, en recourant éventuellement à l'aide d'exorcistes expérimentés. « Le discernement est aussi nécessaire parce que celui qui s'approche du confessionnal, peut provenir des situations les plus disparates ; il pourrait également avoir des troubles spirituels, dont la nature doit être soumise à un discernement attentif, en tenant compte de toutes les circonstances existentielles, ecclésiales, naturelles et surnaturelles[50] ».

44 Id., *DCFI* (2014).

45 Id., *Evangelii gaudium*, n° 44.

46 Id., *DCFI* (2015).

47 Jorge Mario Bergoglio / pape François, *Amour, service et humilité : exercices spirituels donnés à ses frères évêques à la manière de saint Ignace de Loyola*, Paris, Magnificat, 2013, 80-82. Pour François, le discernement est un élément clef de toute recherche de sainteté : François, Exhortation apostolique *Gaudete et exsultate*, n° 166-175.

48 Id., *DCFI* (2017).

49 Id., *DCFI* (2018).

50 Id., *DCFI* (2017).

François considère aussi les bienfaits du discernement dans la recherche et la découverte d'une vocation chez les jeunes[51]. Le sacrement de réconciliation implique un dialogue entre pénitent et confesseur, distinct de l'accompagnement ou de la direction spirituelle au sens strict, qui permet d'opérer une « lecture des signes que Dieu lui-même a déjà placés dans la vie du jeune, à travers ses qualités et ses inclinations personnelles, à travers les rencontres faites et à travers la prière[52] ». Cet échange qui a sa place dans la confession aide le pénitent à découvrir le « *projet* » de Dieu sur lui. François suggère que le dialogue dans le cadre de la confession est un premier pas vers la direction spirituelle, sans dire comme Jean-Paul II que « la confession bien faite est par elle-même une forme très élevée de direction spirituelle[53] ».

Enfin, le discernement du ministre de la pénitence peut conduire à une évangélisation personnalisée. Un confesseur avisé cherche à enseigner, quand il constate que le pénitent a des idées inexactes sur des sujets doctrinaux ou moraux importants, ou encore qu'il ignore des vérités fondamentales. Le pape voit l'entretien de la confession comme un temps de formation spirituelle, qui laisse place à un enseignement adapté à la situation de chacun[54].

> « Le confessionnal est alors un lieu d'évangélisation et donc de formation. Dans le dialogue, bien que bref, qu'il instaure avec le pénitent, le confesseur est appelé à discerner ce qui est plus utile et ce qui est même nécessaire au chemin spirituel de ce frère ou de cette sœur ; il sera parfois nécessaire de ré-annoncer les vérités de la foi les plus élémentaires, le noyau incandescent, le *kérygme,* sans lequel l'expérience même de l'amour de Dieu et de sa miséricorde resterait comme muette ; il s'agira parfois d'indiquer les fondements de la vie morale, toujours en rapport avec la vérité, le bien et la volonté du Seigneur. Il s'agit d'une œuvre de discernement prompt et intelligent, qui peut faire beaucoup de bien aux fidèles ».

4 — *Le droit à l'absolution*

Le droit au sacrement n'est jamais inconditionnel. Le canon 980 énonce que tout fidèle doit pouvoir être absout, si au jugement du ministre, il réunit les conditions essentielles que réclame le sacrement. Cette norme rappelle

51 Id., *DCFI* (2018).

52 *Ibid.*

53 Jean-Paul II, « Discours aux membres de la Pénitencerie apostolique, et des collèges des pénitenciers mineurs ordinaires et extraordinaires des basiliques patriarcales de Rome », 30 janvier 1981, dans *AAS*, 73 (1981), 204.

54 François, *DCFI* (2017).

que le confesseur doit poser un jugement objectif sur les dispositions personnelles du pénitent. Quand un obstacle se présente, il réside souvent dans un manque de contrition ou de ferme propos. Dès sa première exhortation *Evangelii gaudium*, François déplore la trop grande rigueur des pasteurs, sans rien dire de l'excès inverse[55]. Le pape conseille aux confesseurs de considérer avec attention les circonstances qui diminuent, voire suppriment l'imputabilité et la responsabilité de l'acte, comme l'enseigne le *Catéchisme de l'Église catholique*[56]. À propos de l'eucharistie, il évoque ces prêtres qui se font « *contrôleurs de la grâce* », plutôt que ses « *facilitateurs*[57] ». Le discours vise indirectement la pénitence, car le refus d'absolution empêche de recevoir l'eucharistie. Par la suite, le pape observe que deux tentations opposées guettent les ministres du sacrement de pénitence : l'indulgence et la rigidité qui l'une et l'autre sont une déformation de la miséricorde. La première minimise la gravité du péché qui est accusé, tandis que la seconde énonce durement les exigences de la loi que le pécheur transgresse. Pour François, seul un jugement miséricordieux permet d'entamer avec le pénitent un chemin de conversion. « Un confesseur indulgent, pas plus qu'un confesseur rigide, ne sont miséricordieux. Aucun des deux. Le premier, parce qu'il dit : «Va de l'avant, parce que cela n'est pas un péché, va, va !». L'autre, parce qu'il dit : «Non, la loi dit...». Mais aucun des deux ne traite le pénitent comme un frère, ne le prend par la main et ne l'accompagne dans son parcours de conversion[58] ! ».

François admet que parfois chez un sujet les conditions requises pour recevoir le pardon du Christ ne sont pas réunies. Ainsi il examine la situation d'un prêtre qui, après avoir écouté en confession un pénitent, estime qu'il ne peut lui donner l'absolution[59]. Dans ce cas, le pape recommande de « *chercher* » une voie pour sortir de l'impasse et d'être attentif « *au langage des gestes* » qui expriment le repentir. Néanmoins, il envisage aussi ce que doit dire et faire le confesseur, quand, après avoir tout essayé, il se voit dans l'impossibilité d'absoudre :

> « Si on ne peut pas donner l'absolution, [il faut] parler comme un père : «Écoute, pour cela je ne peux pas [t'absoudre], mais je peux t'assurer que Dieu t'aime, que Dieu t'attend ! Prions ensemble la Vierge, pour qu'elle te

[55] François, *Evangelii gaudium*, n° 44.

[56] *Ibid.* Le pape cite le *Catéchisme de l'Église Catholique*, n° 1735 : « L'imputabilité et la responsabilité d'une action peuvent être diminuées voire supprimées par l'ignorance, l'inadvertance, la violence, la crainte, les habitudes, les affections immodérées et d'autres facteurs psychiques ou sociaux ».

[57] *Ibid.*, n° 47.

[58] Id., *DCFI* (2015).

[59] Id., *DCFI* (2016).

garde ; et viens, reviens, car je t'attendrai, comme Dieu t'attend» ; et donner la bénédiction. Ainsi, cette personne sort du confessionnal et pense : «J'ai trouvé un père, et il ne m'a pas donné de coups de bâton». Combien de fois avez-vous entendu des gens qui disent : «Je ne me confesse jamais, parce qu'une fois j'y suis allé, et on m'a réprimandé». Même dans le cas limite où je ne peux pas absoudre, il faut que la personne sente la chaleur d'un père ! ».

Le pape propose quatre voies : une exhortation paternelle chaleureuse, un temps de prière, une invitation à revenir, l'octroi d'une bénédiction. Ces moyens permettent d'entamer un chemin de conversion et de donner confiance au pénitent, en lui montrant que l'Église est là pour l'aider à progresser spirituellement.

La question des conditions de l'absolution sacramentelle est indirectement au centre du chapitre VIII de l'exhortation apostolique *Amoris laetitia* qui traite des situations familiales « irrégulières », notamment celle des divorcés remariés, en s'affranchissant de la doctrine pérenne sur le sujet[60]. Le débat autour de cette problématique s'est focalisé depuis longtemps sur l'accès à la communion eucharistique, mais il concerne en réalité d'abord l'administration du sacrement de pénitence, puisqu'un pécheur qui a gravement offensé Dieu ne peut recevoir l'eucharistie que s'il a reçu l'absolution sacramentelle. Au dire du canon 987, la contrition et « *le propos de s'amender* » sont requis pour « *bénéficier du remède salutaire du sacrement de pénitence* ». Un fidèle qui regretterait d'avoir posé des actes contraires à la loi de Dieu, mais qui ne serait pas prêt à sortir d'une situation objective de péché ne peut être absout. Dans ces conditions, il est impossible aux divorcés remariés de recevoir l'absolution sacramentelle, tant qu'ils ne sont pas « sincèrement disposés à avoir une forme de vie qui ne soit plus en contradiction avec l'indissolubilité du mariage[61] ». Ainsi lorsqu'une raison grave, telle l'éducation des enfants, ne permet pas d'urger la séparation, ces personnes doivent s'engager « à vivre en pleine continence, c'est-à-dire à s'abstenir des actes propres aux conjoints[62] ». *Amoris laetitia* omet de rappeler ces exigences et

[60] FRANÇOIS, Exhortation *Amoris laetitia*, n° 291-312. Ce texte laisse délibérément de côté ce que dit le *Catéchisme de l'Église catholique*, n° 1650 sur la question.

[61] JEAN-PAUL II, Exhortation apostolique *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, dans *AAS*, 74 (1982), 81-191, n° 84. Sur le lien entre l'interdiction d'accéder à l'eucharistie et l'impossibilité de recevoir l'absolution sacramentelle, voir : Velasio DE PAOLIS, « Les divorcés remariés et les sacrements de l'eucharistie et de la pénitence », dans *Demeurer dans la vérité du Christ : mariage et communion dans l'Église catholique*, 184-186.

[62] Dans ce cas, les divorcés remariés ne pourront s'approcher de la communion eucharistique que *remoto scandalo* : CONSEIL PONTIFICAL POUR LES TEXTES LÉGISLATIFS, Déclaration, 24 juin 2000, dans *Comm*, 32 (2000), 159-162, n° 2. Le texte renvoie à l'exhortation *Familiaris consortio*, n° 84.

refuse de trancher la question aussi nettement. De surcroît le pape juge que dans certains cas, rien n'empêche les pasteurs d'apporter « *l'aide des sacrements* » aux fidèles divorcés remariés, ce qui inclut le sacrement de pénitence[63]. Cet énoncé problématique esquisse une voie pastorale qui contourne la loi divine, sans assumer un changement de doctrine ni réviser les normes canoniques[64]. Les critiques les plus sévères qui ont visé la note 351 d'*Amoris laetitia* posent la question de la cohérence des enseignements du magistère et de l'objectivité de la norme au sein de l'Église universelle, mais elles touchent aussi plus fondamentalement à la nature de la miséricorde. Si les exigences de la loi morale relative au sixième commandement peuvent être mises entre parenthèse dans certains cas, au nom d'une exception pastorale dictée par la miséricorde, il est à craindre que cette dernière perde son ancrage dans la vérité de l'Évangile.

5 — *L'obligation du secret*

Le *Code de droit canonique* compte deux canons importants sur le secret de confession. Le canon 983 consacre l'inviolabilité du secret sacramentel, tandis que le canon 984 interdit l'utilisation des connaissances acquises en confession, qui porte préjudice au pénitent. Ces normes sont à lire en lien avec le canon 1388 § 1.

Deux dangers actuels ont conduit le magistère à rappeler ces principes sur le secret de confession. D'abord, François se dit préoccupé par la confusion qu'il rencontre entre le for interne et externe « *dans certains groupes au sein de l'Église* », notamment parmi des responsables et des supérieurs. Le pape vise ici le for interne sacramentel, car il suppose le cas d'un fidèle qui s'approche avec confiance d'un prêtre « *pour demander le pardon* ». En outre, la Pénitencerie s'inquiète que dans le contexte de la lutte contre les abus sexuels, des voix se soient élevées dans plusieurs États pour demander la fin du secret de confession. Face à de telles pressions, le Pénitencier majeur répond avec fermeté : « Toute action politique ou initiative visant à forcer l'inviolabilité du sceau sacramentel serait une atteinte inacceptable à la *libertas Ecclesiae* qui ne reçoit pas sa légitimité des États mais de Dieu[65] ». Dans ces circonstances, le pape rappelle les deux motifs qui obligent l'Église à

[63] FRANÇOIS, *Amoris laetitia*, note 351.

[64] Sur la réception très contrastée d'*Amoris laetitia*, voir : Ignace BERTEN, *Les divorcés remariés peuvent-ils communier ? Enjeux ecclésiaux des débats autour du synode sur la famille et d'*Amoris laetitia, Namur, Lessius, 2017, 243-299.

[65] PÉNITENCERIE, *Note sur l'importance du for interne*, 29 juin 2019.

défendre le secret de confession : l'une découle de la sainteté du sacrement, l'autre est en rapport avec le pénitent.

> « Même s'il n'est pas toujours compris par la mentalité moderne, celui-ci [le sceau sacramentel] est indispensable pour la sainteté du sacrement et pour la liberté de conscience du pénitent ; ce dernier devant être certain, à chaque moment, que l'entretien sacramentel restera dans le secret du confessionnal, entre sa conscience qui s'ouvre à la grâce et Dieu, par la médiation nécessaire du prêtre. Le sceau sacramentel est indispensable et aucun pouvoir humain n'a juridiction sur lui, ni ne peut la revendiquer[66] ».

Ce texte reprend les deux éléments avancés par saint Thomas d'Aquin pour fonder le *sigillum confessionis*, à savoir la nécessité sacramentelle et les raisons d'utilité[67]. Le secret relève de l'essence du sacrement institué par le Christ et facilite aux hommes la pratique de la pénitence.

La *Note* du tribunal de la Pénitencerie explicite les normes. Citant le commentaire de Velasio De Paolis et de Davide Cito, elle rappelle que le sceau sacramentel concerne tous les péchés mortels et véniels accusés en vue de l'absolution, même quand celle-ci n'est pas accordée. Adoptant une position maximaliste, elle ajoute que le secret lie « le confesseur également «intérieurement», au point qu'il lui est interdit de se souvenir volontairement de la confession et qu'il est tenu d'en écarter tout souvenir involontaire ». Le texte souligne également que le prêtre ne peut parler du contenu de la confession avec le pénitent, en dehors du sacrement, « sauf explicite consentement du pénitent, et mieux encore si ce consentement n'est pas demandé[68] ». De surcroît, il note que le pénitent « *n'a pas le pouvoir de relever le confesseur de l'obligation du secret* ». Sur ce point, saint Thomas d'Aquin est plus mesuré[69]. Selon lui, un pénitent peut donner à son confesseur la permission de parler de son propre péché, étant donné que lui-même pourrait le révéler. Dans ce cas, le prêtre parle « *ut homo* » et non « *ut Deus* ».

Par ailleurs, prenant acte des hésitations qui se sont exprimées dans les débats publics relatifs à la lutte contre les abus sexuels, la Pénitencerie réaffirme que nul confesseur ne peut imposer à un pénitent de se dénoncer à la justice civile. Ce qui est l'objet d'un conseil pressant ou d'une recommandation ne peut être une condition *sine qua non* de l'absolution : « En présence de péchés comprenant des cas de délits, il n'est jamais permis de mettre comme condition à l'absolution, l'obligation de se rendre à la justice

66 François, *DCFI* (2019).

67 Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Supp., qu. 11, a. 1.

68 Le texte cite Jean-Paul II, *Discours aux membres de la Pénitencerie apostolique*, 12 mars 1994, n° 31.

69 Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Supp., qu. 11, a. 4.

civile ; en vertu du principe naturel, accepté dans toutes les législations, selon lequel «*nemo tenetur se detegere*[70]» ».

6 — *La disponibilité du ministre*

Selon le canon 986 §1, les clercs qui ont charge d'âmes doivent offrir aux fidèles « la possibilité de se confesser individuellement à des jours et heures fixés qui leur soient commodes ». Cette norme est à rapprocher du canon 528 §2 qui stipule : le curé veillera à ce que les fidèles « s'approchent fréquemment des sacrements de la très sainte eucharistie et de pénitence ». De plus, le canon 986 §2 dit qu'en cas d'urgente nécessité, « tout confesseur, et en cas de danger de mort, tout prêtre, est tenu par l'obligation d'entendre les confessions des fidèles ». Ces dispositions s'accordent avec le fait que le sacrement est la voie ordinaire pour recevoir le pardon de Dieu.

Pour François, la disponibilité du prêtre pour écouter les confessions est une « *priorité pastorale* » et un devoir[71]. Les pasteurs sont responsables des brebis perdues de leur troupeau. Un clerc qui n'offre pas un accès aisé au sacrement de pénitence est un mauvais pasteur et un père négligent. « Si la réconciliation transmet la vie nouvelle du Ressuscité et renouvelle la grâce baptismale, alors, votre tâche est de la donner généreusement à vos frères. Donnez cette grâce. Un prêtre qui ne soigne pas cette partie de son ministère, que ce soit en termes de quantité de temps consacré, ou que ce soit en termes de qualité spirituelle, est comme un pasteur qui ne prend pas soin de ses brebis qui se sont perdues ; il est comme un père qui oublie son fils perdu et qui néglige de l'attendre[72] ». Ce texte fait écho aux lignes de Jean-Paul II sur la sollicitude du Bon Pasteur à l'égard des brebis blessées. « Le manque de disponibilité à accueillir les brebis blessées, ou mieux, à aller à leur rencontre pour les ramener à la bergerie, serait un douloureux signe de manque de sens pastoral chez celui qui, en vertu de l'ordination sacerdotale, doit porter en soi l'image du Bon Pasteur[73] ».

Au-delà de cette mise en garde, François montre de manière plus positive aux prêtres les bienfaits de la confession pour tous les fidèles et pour eux-mêmes. Le Seigneur a fait un « don immense à l'Église, en offrant aux

[70] Pénitencerie, *Note sur l'importance du for interne*, 29 juin 2019.
[71] François, *DCFI* (2017).
[72] Id., *DCFI* (2014).
[73] Jean-Paul II, *Misericordia Dei*, 1b-2.

baptisés la sécurité du pardon du Père[74] ». Les prêtres qui s'adonnent avec générosité à ce ministère y trouvent réconfort et consolation. En effet, le confesseur est témoin des miracles de la grâce accomplis dans les cœurs[75]. Il a la joie de voir les âmes se transformer et revenir à leur Père céleste. « En outre – et c'est un des nombreux dons que nous réserve l'amour de prédilection du Christ – en tant que confesseurs, nous avons le privilège de contempler constamment les «miracles» des conversions. Nous devons toujours reconnaître l'action puissante de la grâce qui est capable de transformer le cœur de pierre en cœur de chair (cf. Ez 11, 19), de changer un pécheur fugitif éloigné en un fils repenti qui retourne chez son père (cf. Lc 11, 32) ». De plus, le prêtre qui écoute les confessions trouve des motifs de dire sa reconnaissance au Seigneur dans une humble action de grâce, à chaque fois qu'il est témoin de misères dont lui-même a été préservé. « Et si je n'ai pas fait cela, si je ne suis pas tombé dans ce vilain péché ou que je ne suis pas en prison, c'est par pure grâce de Dieu, uniquement pour cela ! Non par mon mérite. Et nous devons sentir cela au moment de l'administration du sacrement[76] ».

Concrètement, François désire que les fidèles puissent trouver dans leur paroisse et dans chaque communauté religieuse des confesseurs disponibles à des heures et des jours précis. « Il est très important que, dans tous les diocèses et dans les communautés paroissiales, on soigne particulièrement la célébration de ce sacrement de pardon et de salut. Il est bon que dans toutes les paroisses, les fidèles sachent quand ils peuvent trouver des prêtres disponibles : lorsqu'il y a une fidélité, les fruits se voient. Cela vaut tout particulièrement pour les églises confiées à des communautés religieuses, qui peuvent assurer une présence constante de confesseurs[77] ». Il est indispensable que les fidèles sachent quand et où trouver des confesseurs, car la disponibilité des prêtres facilite l'accès aux sacrements. Le pape François confirme ce que dit le *Directoire pour la vie et le ministère des prêtres*, n° 52 : « Tant en raison de son office que de son ordination sacramentelle, le prêtre devra dédier son temps et son énergie à écouter les confessions des fidèles qui, comme le montre l'expérience, vont volontiers recevoir ce sacrement là où ils savent trouver des prêtres disponibles. Cela est valable partout mais surtout pour les églises des zones les plus fréquentées et pour les sanctuaires, pour lesquels on peut organiser une collaboration fraternelle et responsable avec les prêtres religieux ou âgés ».

[74] François, *DCFI* (2014).
[75] Id., *DCFI* (2019).
[76] Id., *DCFI* (2015).
[77] Id., *DCFI* (2014).

François parle de « *tous* » les diocèses et de « *toutes* » les paroisses. Aucun curé ne peut donc se soustraire à ce devoir, quand bien même le sacrement serait accessible aisément dans une paroisse voisine. De même, François recommande aux instituts religieux une présence « *constante* » pour assurer ce ministère de la confession. En outre, au dire du pape, l'existence d'un programme horaire fixe pour entendre les confessions ne dispense pas les prêtres de recevoir les fidèles à d'autres moments, si certains le demandent. « Le confesseur est appelé quotidiennement à se rendre dans les «périphéries du mal et du péché» [...]. S'il vous plaît, qu'il n'y ait pas ce type de panneaux : «Les confessions se font uniquement le lundi, le mercredi de telle à telle heure». Il faut confesser chaque fois qu'on te le demande[78] ».

Ici François va au-delà de la norme qui enjoint à tout prêtre de répondre sans retard à une demande de confession, quand une « *grave nécessité* » se présente (c. 986 § 2). Il songe aux fidèles pour qui il est difficile, voire impossible, de venir aux jours et heures indiqués. Au dire du pontife, le canon 986 doit être interprété dans un sens large. Les prêtres sont tenus de faciliter la confession aux fidèles, en tenant compte des contraintes de leur vie familiale et professionnelle. Ces dires cadrent avec le canon 960, selon qui « la confession individuelle et intégrale avec l'absolution constitue l'unique mode ordinaire par lequel un fidèle conscient d'un péché grave est réconcilié avec Dieu et avec l'Église ».

Conclusion

Conscient que de nombreux fidèles négligent de recourir au sacrement de pénitence, le pape François rappelle assez régulièrement les bienfaits de la confession et son importance dans la pastorale de l'Église. Si le pape ne s'attarde pas sur les causes de cette situation, il suggère que le clergé a sa part de responsabilité. Ainsi il pointe du doigt le trop petit nombre, voire l'absence de confesseurs en certains lieux, les silences des prédicateurs sur la beauté du pardon divin, le manque de délicatesse des prêtres lors de l'échange sacramentel, le mauvais exemple donné par certains clercs, les abus touchant le secret sacramentel. De là, le pontife invite les pasteurs à remettre à l'honneur ce sacrement dans la vie de leurs communautés.

La méthode du pape pour « réhabiliter » la confession mérite attention. Plutôt que d'offrir un énième texte didactique, François livre des réflexions au gré des occasions que lui offre l'actualité. Comme souvent l'angle

[78] Id., *DCFI* (2017).

d'approche est pastoral. S'il ne fait pas référence au *Code de droit canonique*, le pape en commente implicitement plusieurs normes et montre dans quel esprit il importe de les lire. Sur de nombreux points, le pontife suit l'enseignement de ses prédécesseurs. En revanche, en acceptant d'accorder l'absolution sacramentelle à des fidèles divorcés remariés qui persistent à vivre dans une situation objective de péché, il s'écarte de la tradition et même du *Catéchisme de l'Église catholique*.

De façon générale, le pape insiste sur la miséricorde pour donner une image attrayante du sacrement, qui aide les fidèles à dépasser leurs préjugés vis-à-vis d'un rite que beaucoup jugent dépassé. Cependant, le choix n'est pas sans risque, car en restant discret sur les exigences de la justice, le discours peut donner l'impression que la confession est une solution commode pour se réconcilier avec Dieu et tirer un trait sur les désordres de sa vie. La crise des abus sexuels a rappelé combien la soif de justice était grande à l'égard de certains péchés et délits particulièrement odieux. Dès lors, pour éviter une quelconque équivoque sur le sens de la confession, il serait sans doute opportun de souligner davantage l'importance de la satisfaction, comme le fait le canon 981[79].

[79] « Selon la nature et le nombre de ses péchés, en tenant compte cependant de la condition du pénitent, le confesseur lui imposera des satisfactions salutaires et convenables ; le pénitent est tenu par l'obligation de les accomplir personnellement » (c. 981). Cette norme reprend le canon 887 du Code pio-bénédictin.

Studia canonica 54 | 2020, 407-455
doi: 10.2143/STC.54.2.3289264

DICASTERIAL SOURCES SUPPLEMENTAL TO THE MOTU PROPRIO *MITIS IUDEX* (2015-2020)

WILLIAM L. DANIEL*

SUMMARY — In the first five years following the publication of the motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, certain dicasteries of the Roman Curia have issued several documents that, in their own ways, address the correct interpretation and implementation of the new norms governing marriage nullity trials. There was one common effort in Italy that led to some clarifications (the *Tavola di lavoro*), and each dicasterial participant has its own part to play in the just handling of marriage nullity causes subsequent to the reform. The Pontifical Council for Legislative Texts has replied to many questions, some of which may in fact be objective doubts of law. It could further serve the Church by updating the Instruction *Dignitas connubii*; some derogations that have occurred are proposed by the A. The Apostolic Signatura, too, offers general norms and illuminating direction in particular cases, while the Roman Rota's procedural jurisprudence stands as a great service and aid to tribunals.

RÉSUMÉ — Au cours des cinq premières années suivant la publication du motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, certains dicastères de la Curie romaine ont publié plusieurs documents qui, à leur manière, traitent de l'interprétation correcte et de la mise en œuvre des nouvelles normes régissant les procès en nullité de mariage. Il y a eu un effort commun en Italie qui a conduit à quelques éclaircissements (la *Tavola di lavoro*), et chaque dicastère participant a son propre rôle à jouer dans le traitement juste des causes de nullité de mariage suivant la réforme. Le Conseil pontifical pour les textes législatifs a répondu à de nombreuses questions, dont certaines peuvent, en fait, faire l'objet de doutes objectifs de droit. Il pourrait en outre servir l'Église davantage en mettant à jour l'Instruction *Dignitas connubii*; certaines dérogations qui ont eu lieu sont proposées par l'A. La Signature apostolique offre également des normes générales et des directives éclairantes dans des cas particuliers, tandis que la jurisprudence procédurale de la Rote romaine constitue un grand service et une aide aux tribunaux.

* Assistant Professor, School of Canon Law, The Catholic University of America, Washington, D.C., U.S.A.

Introduction

Since 8 September 2015, when the motu proprios *Mitis Iudex Dominus Iesus* (*MIDI*) and *Mitis et misericors Iesus* (*MMI*) were publicized,[1] a series of supplementary sources have been issued which strive to aid in a better understanding and implementation of the new norms governing causes of marriage nullity. These include subsequent normative dispositions and discourses of the Roman Pontiff, as well as interventions of dicasteries of the Roman Curia, which have been documented and explored by others.[2] Several of these are cited in the pages that follow, but the methodology of this article is more organic in nature. We shall explore how the dicasteries of the Apostolic See have been at the service of the better understanding and implementation of the reformed procedural law governing causes of marriage nullity.

Prescinding from the unique service offered by the Congregation for Catholic Education in its general promotion of the preparation of ministers of justice, especially those who aid the faithful and the activity of tribunals,[3] the concentration here is on the correct understanding and implementation of *MIDI*. Contributing directly to this effort are those competent for interpreting the law, monitoring its correct implementation, and directing its understanding by its decisions. These are the Pontifical Council for Legislative Texts (PCLT), the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura, and the Tribunal of the Roman Rota. The known interventions of each of these dicasteries during these first five years under the regime of *MIDI* will be examined. Before doing so, however, a common undertaking of theirs merits attention.

[1] Francis, mp *Mitis Iudex Dominus Iesus*, 15 August 2015, in *AAS*, 107 (2015), 958-970 (= *MIDI*); Francis, mp *Mitis et misericors Iesus*, 15 August 2015, in ibid., 946-957 (= *MMI*). As a rule, only *MIDI* will be cited for the sake of simplicity, bearing in mind the near uniformity of the two texts. Unless otherwise indicated, citations of cc. 1671-1691 are presumed to be those reformed in the mp. The other elements of *MIDI* are cited as follows: preamble, "f.c." = *fundamentale criterium* (I-VIII), *RP* = *Ratio procedendi*.

[2] See, e.g., Joaquín Llobell, "Circa i motivi del m.p. 'Mitis Iudex' e il suo inserimento nel sistema delle fonti," in Héctor Franceschi and Miguel A. Ortíz (eds.), *"Ius et matrimonium II." Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu Proprio "Mitis Iudex Dominus Iesus"*, Rome, EDUSC, 2017, 25-64, esp. 28-35 (= Llobell, "Circa i motivi"; book = *Ius et matrimonium II*); Geraldina Boni, "La riforma del processo matrimoniale canonico. Osservazioni e questioni aperte," in *La riforma del processo canonico per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, Quaderni della Mendola 26, Milan, Glossa, 2018, 105-251, esp. 162-231 (book = *La riforma del processo canonico*).

[3] Congregation for Catholic Education, Instruction *Novis postulatis*, 29 April 2018, in *AAS*, 110 (2018), 659-682 (Italian in *Comm*, 50 [2018], 146-171).

1 — The *Tavola di lavoro*

MIDI seemed to suggest a radical change in the organization of regional tribunals and, in Italy, this led to doubts about the status of the Italian regional tribunals established by Pope Pius XI's 1938 motu proprio *Qua cura*. The new canon 1673 § 2 urges each diocesan bishop to establish his own diocesan tribunal (*constituat*),[4] and art. 8 § 2 of the *RP* declares the bishop's right to withdraw from an interdiocesan tribunal.[5] In the fall of 2015, these norms seemed to suggest that the regional tribunals were vulnerable to disintegration by the free choice of each bishop. However, on 13 October 2015, the PCLT denied that the motu proprio *Qua cura* was abrogated by *MIDI* and declared the obligation of an Italian bishop, wishing to withdraw from a regional tribunal, to request from the Apostolic Signatura a dispensation from the norm of *Qua cura*.[6]

Subsequently, on 4 November 2015, the Dean of the Roman Rota declared what was called the "mind of the legislator" about, among other things, the innate and free right of the diocesan bishop to establish his own tribunal and of bishops within an ecclesiastical province to establish an interdiocesan tribunal.[7] Then, on 7 December 2015 (the day before *MIDI* entered into effect), Pope Francis declared the abrogation of all contrary laws by *MIDI*, naming the motu proprio *Qua cura* explicitly.[8] However, the potentially devastating effect of this disposition was held in doubt, perhaps because it seemed disproportionate that judicial organs well-functioning for three quarters of a century would be made to cease in virtue of a comment in parentheses, without any decree of suppression of the tribunals—and this on the

[4] "Episcopus pro sua dioecesi tribunal dioecesanum constituat pro causis nullitatis matrimonii ...." Of course, the diocesan tribunal is competent for all kinds of causes, not only marriage nullity causes. In places where interdiocesan/regional tribunals have long been competent for such causes alone, this canon could seem to imply their suppression.

[5] "Episcopus a tribunali interdioecesano ad normam can. 1423 constituto recedere valet."

[6] Cf. PCLT, Letter, Prot. n. 15157/2015, 13 October 2015, in Kurt MARTENS (ed.), *Justice and Mercy Have Met. Pope Francis and the Reform of the Marriage Nullity Process*, Washington, D.C., CUA Press, 2017, 371-372 (book = *Justice and Mercy Have Met*).

[7] Cf. "La *mens* del Pontefice sulla riforma dei processi matrimoniali," in *OR* (8 November 2015), 8.

[8] "Le leggi di riforma del processo matrimoniale succitate abrogano o derogano ogni legge o norma contraria finora vigente, generale, particolare o speciale, eventualmente anche approvata in forma specifica (come ad es. il Motu Proprio *Qua cura*, dato dal mio Antecessore Pio XI in tempi ben diversi dai presenti)" (FRANCIS, Rescript, 7 December 2015, in *OR* [12 December 2015], 8 and *AAS*, 108 [2016], 5, at I).

day before that cessation would take effect.[9] Therefore, the secretary general of the Italian Episcopal Conference (CEI)[10] directed further questions to the PCLT and to the Apostolic Signatura. The PCLT stated in a letter of 22 December 2015 that it considered the papal rescript of 7 December to clarify the matter, resulting in the abrogation of *Qua cura*. This left individual bishops in a position of declaring whether or not they intended to withdraw from the regional tribunals in which they were participating.[11]

However, the response of the Signatura was different and more nuanced. The secretary general had asked the Signatura specifically whether the Italian regional tribunals were competent to judge causes admitted before *MIDI*'s coming into effect and whether they could admit any new *libelli* proposed to them as of 8 December. In response to this, the Signatura, on 22 December 2015, transmitted to the secretary general a technical opinion (*votum periti*), which to date offered the most thorough treatment on the question.[12] The *votum* acknowledged that, while any prescription of *Qua cura* prohibiting the handling of marriage nullity causes by a diocesan tribunal is abrogated, this does not mean that regional tribunals have been abolished. For, although *MIDI* permits bishops to withdraw from an interdiocesan tribunal, it does not prohibit them; it even regulates them in a positive way (cf. c. 1673 §§2, 6; *RP* artt. 11 §1; 19). Moreover, if *MIDI* had abolished regional tribunals, it would seem to undermine the reform's purpose of helping the faithful to access tribunals and enjoy the expeditious handling of their causes. For, leaving the condition of the tribunals in Italy in a state that is worse than in the rest of the Church, it would interrupt hundreds of causes and paralyze the administration of justice in the Church in Italy. Nor did *MIDI* or the rescript of 7 December provide any intermediate mechanism that could ensure a smooth transition out of the regional tribunal arrangement.

This clear *votum*, while endowed with persuasive force, was not a normative act, and it stood in contrast with the PCLT's response in the matter issued on the same day. It appeared that some definitive clarification of the situation was still needed. This led to a sort of new institution called the

[9] In fact, the rescript was published five days after its date, meaning that the tribunals would have unknowingly been suppressed for the first several days of *MIDI*'s effectiveness.

[10] *Conferenza Episcopale Italiana*.

[11] Cf. PCLT, Letter, Prot. n. 15247/2015, 22 December 2015, http://banchedati.chiesacattolica.it/cci_new_v3/allegati/75928/Lettera_PCTL_22.12.2015_risposta_a_%20questioni_%20aperte.pdf (accessed 5 October 2020).

[12] Cf. SUPREME TRIBUNAL OF THE APOSTOLIC SIGNATURA (STAS), Letter [of the Secretary] and *Votum periti*, Prot. n. 51232/15 VAR, 22 December 2015, http://banchedati.chiesacattolica.it/cci_new_v3/allegati/75928/Lettera_Segnatura-Apostolica_22.12.2015_risposta_a_%20questioni_%20aperte.pdf (accessed 5 October 2020).

Tavola di lavoro, encouraged by Pope Francis on 1 June 2016.[13] It initially[14] amounted to a meeting on 6 July 2016 between the general secretary of CEI, the Prefect of the Apostolic Signatura, the President of the PCLT, and the Dean of the Roman Rota. On 7 July 2016, the general secretary had an audience with Pope Francis about its results, which were made public by CEI on 20 July 2016. Its resolutions include the following:

1) a bishop must communicate his decision to withdraw from an interdiocesan or regional tribunal to the other bishops involved and to the Signatura, which will verify whether the conditions necessary for diocesan tribunal operations are fulfilled;
2) while the bishops within a province may constitute an interdiocesan tribunal and inform the Signatura, the Signatura's permission is needed for such a tribunal among dioceses of different provinces;[15]
3) when a bishop withdraws from a regional tribunal, the bishops that remain in the tribunal are to issue a new decree of constitution of the tribunal as an *interdiocesan* tribunal, supported with updated regulations;
4) the judicial vicars are to decide on the use of the abbreviated process before the bishop "in conformity with the criteria of the Bishop to whom the decision is ultimately entrusted";
5) in the same processes, even where there are interdiocesan tribunals, appeal against the affirmative sentence of the bishop is made to the metropolitan;
6) and in the same processes, "the *suffraganeus antiquior* … is the bishop of the oldest see of the province," and the conference of bishops would issue a list of the oldest suffragan sees in the nation.

As it would turn out, it is reported that most diocesan bishops in Italy have confirmed their uninterrupted participation in regional or interdiocesan tribunals.[16]

13 *Comm*, 48 (2016), 26-27. For the final documentation, see https://www.chiesacattolica.it/gli-esiti-del-tavolo/ (accessed 5 October 2020); http://banchedati.chiesacattolica.it/cci_new_v3/allegati/75928/Tavolo_di_lavoro_MIDI_circolare_Segreteria_Generale_CEI_20.07.2016.pdf (accessed 5 October 2020).

14 I say "initially" because it is thought to be a mechanism for future discussions as well.

15 This point was made by Pope Francis himself after his 12 March 2016 speech at the formation course sponsored by the Roman Rota. On this statement of the Pope, see LLOBELL, "Circa i motivi," 29-30, no. 2.2.4. Those remarks are published in *QSR* of 2016 but not in the *AAS* text of the speech (108 [2016], 484-485).

16 See Maria Chiara RUSCAZIO, "Considerazioni sulla *receptio legis* alla luce del m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*," in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 9 (2018), 17-19.

Although the *Tavolo di lavoro* addresses tribunal activity in Italy, it does give an indication of some fitting praxis to be implemented elsewhere.[17] For example, in places where regional tribunals have been erected and one of the bishops withdraws from the arrangement in accord with the norm of *RP* art. 8 § 2, the residual tribunal might best be called an interdiocesan tribunal. For it no longer judges causes for an ecclesiastical region, as the case may be, but for a grouping of dioceses.[18] The point about coordination between the judicial vicar and the diocesan bishop in regard to use of the abbreviated process is also one that could be profitably applied anywhere. This would not be a question of *whether* the abbreviated process should ever be used, since it is an institution established by the canonical legislator and may be requested by the faithful, *positis ponendis*. Rather, some elements of praxis and jurisprudence could be developed so as to promote, for example, the bishop's awareness of the admission of such causes, their proper preparation, and elements of jurisprudence and argumentation that will sufficiently prepare the cause for the bishop's decision.

2 — *The Pontifical Council for Legislative Texts*

The drafting of canons 1671-1691 as promulgated in the *CIC*/83 was carried out under the auspices of the Pontifical Commission for the Revision of the Code of Canon Law. It would have been only natural for the *revision* of these canons resulting in *MIDI* to be accomplished by the same organ, now called the Pontifical Council for Legislative Texts. However, the Supreme Pontiff decided to constitute a special commission for that revision, whose head was the Dean of the Roman Rota, while the Cardinal President of the PCLT was but a member. The special commission's mandate having been fulfilled by the publication of *MIDI* and *MMI*, the PCLT held its position within the Roman Curia as the Pope's official organ for the interpretation of canonical legislation, including the new canons of *MIDI*. Accordingly, bishops and judicial vicars have proposed many questions about the norms of *MIDI* to the PCLT, leading to a series of interpretations. These each

[17] Cf. Héctor FRANCESCHI, "La riforma e il regime delle nullità matrimoniali, " in Lucia MUSSO and Carlo FUSCO (eds.), *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal Motu proprio "Mitis Iudex Dominus Iesus,"* Annales Doctrinae et Iurisprudentiae Canonicae III, Vatican City, Libreria Editrice Vaticana, 2017, 43, b) (book = *La riforma del processo matrimoniale ad un anno*).

[18] Cf. Joaquín LLOBELL, "Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale (Con brevi considerazioni sul '*Tavolo di lavoro*' per l'Italia)," in *EIC*, 56 (2016), 416.

need to be identified and examined to weigh their contribution to a correct understanding of *MIDI*. Also meriting special attention is a general, still relevant document issued by the PCLT fifteen years ago: the Instruction *Dignitas connubii*.

2.1 — Responses of the PCLT

Since the publication of *MIDI*, over twenty private responses by the PCLT have been circulated among canonists. Among these, the "most important responses" have been published on the dicastery's website.[19] They may also be found in print in different places, even in translation.[20]

2.1.1 — *The nature and configuration of the responses*

In the first analyses of canonical doctrine, there has been unity in the conviction that these responses are not authentic interpretations. They have been described in different ways: possibly revelatory of the *praxis Curiae*,[21]

[19] See Markus Graulich, "L'apport du Conseil pontifical pour les textes législatifs dans l'interpétation de *Mitis Iudex*," in Bruno Gonçalves (ed.), *Comprendre la réforme des procédures de nullité de mariage: selon le "motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus"*, Paris, Artège, 2019, 67-68 (= Graulich, "L'apport du Conseil pontifical"; book = *Comprendre la réforme*). Cf. Rafael Rodríguez-Ocaña, "Nueva regulación de los procesos de nulidad matrimonial," in *Scripta theologica*, 48 (2016), 298 (= Rodríguez-Ocaña, "Nueva regulación").

[20] E.g., *Justice and Mercy Have Met*, 367-380; Patricia M. Dugan, Luis Navarro and Ernest Caparros (eds.), *The Reform Enacted by the m.p. "Mitis Iudex." Commentaries and Documentation. Proceedings of a Conference organised by LUMSA Università and the "Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo," Rome, 30 November 2015*, Gratianus Series, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, 170-186; Ernest Caparros, Luis Navarro and Thierry Sol (eds.), *La réforme óperée par le m.p. "Mitis Iudex." Commentaire et documentation. Actes d'un colloque organisé par la LUMSA Università et la "Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo." Rome, 30 novembre 2015*, Gratianus Series, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, 180-198; *RR 2016*, 20-23; *RR 2017*, 14-18; *RR 2018*, 21-22; *RR 2019*, 18-21.

[21] Cf. Manuel Jesús Arroba Conde, "La experiencia sinodal y la reciente reforma procesal en el Motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*," in *Anuario de Derecho Canónico*, 5 suppl. (2016), 178, including note 35 (= Arroba Conde, "La experiencia sinodal"). However, the author questions their force, since some of them were issued before the legislation had entered into effect. Indeed, he states well elsewhere, in general terms, that "[n]on sarebbe conveniente provvedere precipitosamente a risolvere con ulteriori norme le comprensibili incertezze che, su alcuni aspetti, possano suscitarsi in fase di applicazione della recente riforma" (Idem, "Il M.P. *Mitis Iudex Dominus Iesus* in relazione al concetto di 'giusto processo,'" in Arcisodalizio della Curia Romana [ed.], *Quaestiones selectae de re*

"orientations having doctrinal value,"[22] "clarifications,"[23] "private responses,"[24] and not "mere authoritative opinion" but responses having "a most important relevance" with a "practically decisive weight."[25]

What is clear is that they are interpretations of the law, even if not authentic ones, given by the dicastery competent for that service (*PB* art. 154). Objective doubts may demand and justify an authentic interpretation of the law, when the text of the law is unclear or admitting of conflicting opinions among the doctors of the law, or proven authors. On the other hand, there may also be doubts that reside in the mind of the person making the request in regard to a law whose meaning is clear. Such subjective doubts may pertain to the meaning of the law or to the correct manner of its application, and they may also be addressed in a response from the dicastery. In regard to such doubts, we read in art. 18 of the PCLT's *regolamento* of 4 June 1994: "When doubts proceed from an inadequate knowledge of the law, or they at least have to be considered subjective since the text of the law is clear in itself, [the Dicastery] will respond in the form of a clarification, albeit in an official manner." What is clear in such cases is that "it is not a question of an authentic interpretation."[26] The responses are official and generically binding in the

matrimoniali ac processuali, Annales Doctrinae et Iurisprudentiae Canonicae VI, Vatican City, Libreria Editrice Vaticana, 2018, 14, note 15; = ARROBA CONDE, "Il M.P. *Mitis Iudex*"; book = *Quaestiones selectae*). This suppletory force as the praxis of the Roman Curia, referencing the website of the PCLT itself, is cited also by Joaquín LLOBELL, "El ejercicio personal de la potestad judicial del Obispo diocesano. Algunas consideraciones preliminares al m.p. 'Mitis Iudex' y al m.p. 'Mitis et misericors,'" in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (iustel.com), 41 (2015), 5; IDEM, "Circa i motivi," 33.

22 See Carmen PEÑA GARCÍA, "La reforma de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: el motu proprio 'Mitis Iudex Dominus Iesus,'" in *Estudios Eclesiásticos*, 90 (2015), 627, note 13 (= PEÑA GARCÍA, "La reforma"), who also calls them "doctrinal clarifications" at 676, note 66.

23 Roch PAGÉ, "Questions Regarding the Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*," in *Jur*, 75 (2015), 612.

24 Francis G. MORRISEY, "The *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*. One Year On: An Overview," in *Proceedings of the Canon Law Society of Australia and New Zealand*, 50 (2016), 7 (= MORRISEY, "The *Motu Proprio*").

25 See Rafael RODRÍGUEZ CHACÓN, "Antecedentes, estructura y valor jurídico en el sistema normativo canónico de los dos *motu proprio* de 15 agosto de 2015 y sus normas anejas," in María Elena OLMOS ORTEGA (ed.), *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, Madrid, Dykinson, 2016, 54 (= RODRÍGUEZ CHACÓN, "Antecedentes, estructura y valor jurídico"; book = *Procesos de nulidad matrimonial*).

26 See the text of the *regolamento* quoted in Julián HERRANZ, "La interpretación auténtica: el Consejo Pontificio para la Interpretación de los textos legislativos," in *IC*, 35 (1995), 521 (= HERRANZ, "La interpretación auténtica").

sense of being a true interpretation emanating from a competent dicastery of the Roman Curia; however, they are not directed to the whole Church, and they may or may not bind the recipient in all cases, especially if they impart only a general interpretation without directing individual acts.

It is understandable that there would be many questions about the new law and that these would be entertained by the Supreme Pontiff's organ of legal interpretation. For "a certain confusion … is proper to any legislation at its beginnings."[27] Also, the nature of the matter can lend itself to subjective doubts. For the reformed canons lay out norms that regulate a special kind of process completed by the many general norms of the judicial process in canon 1400-1670. *MIDI* thus has the character of "a sort of framework-law, namely, one which traces the broad strokes of a reform without, however, defining all its details and without anticipating all the questions that its application will raise."[28] The section of the *CIC* consisting in canons 1671-1691, whether originally in the *CIC*/83 or in *MIDI*, "does not intend to be exhaustive but by its nature refers to the norms (precisely the ordinary ones) of the ordinary contentious process."[29] The manner of applying the general procedural norms to this special process may give an occasion for doubts to arise.

However, it seems that authors are agitated by this phenomenon of multiple, official, non-generally binding responses. The pursuit and granting of such responses arguably flow in the first place from the speed[30] and limited consultative scope of the drafting of *MIDI*. Had the text been drafted a little less hastily and its revision involved a broader corps of experts and experienced ministers of justice, more clarifications could have been introduced into the text, which would have enjoyed greater, innate clarity. The digesting of the new law would have thus been less a matter of wrestling with confusion and more a matter of implementing clear norms. While the seemingly pre-determined timeline for completing the reform was arguably driven by the need to address an urgent matter, it "perhaps involved less serenity in its

27 See Gianpaolo MONTINI, "Competenza e prossimità nella recente legge di riforma del processo per la dichiarazione della nullità del matrimonio," in *In charitate iustitia*, 14-15 (2016-2017), 30 (= MONTINI, "Competenza e prossimità"). Cf. MORRISEY, "The *Motu Proprio*," 7; Phillipe TOXÉ, "La réforme des procès en nullité de mariage selon le motu proprio *Mitis iudex Dominus Iesus*," *AC*, 56 (2014-2015), 127 (= TOXÉ, "La réforme").

28 See Paolo BIANCHI, "Commento/*Note*-Lettera circolare *Inter munera*," in *ME*, 131 (2016), 222-223 (= BIANCHI, "Commento").

29 See Dominique MAMBERTI, "La scienza canonica di fronte alla legge di riforma dei processi di nullità matrimoniale," in *Ius et matrimonium II*, 19 (= MAMBERTI, "La scienza canonica").

30 "… i testi sono stati elaborati in tempi da record" (Pablo GEFAELL, "Nota al motu proprio *Mitis et misericors Iesus*," in *IE*, 28 (2016), 63; = GEFAELL, "Nota").

preparation." Such a situation "can have repercussions for the final precision and success of its formulation, detected in some aspects of what is articulated in the motu proprio."[31]

The haste of the reform seems to have been met with haste in proposing *dubia*, considering that at least eight of them were posed and answered before the new law had even come into effect.[32] Some doctrinal assessments may suggest also that there has been some haste in the emanation of the responses, for authors have been hesitant to see them as having juridical weight. One author describes them as "'clarifications' with a merely consultative value, declarative interpretations which can *per accidens* attain normative efficacy inasmuch as they communicate the position of the dicastery on a question … a doctrinal interpretation which, albeit prestigious, is vulnerable to constructive criticism."[33] Another questions their success in resolving subjective doubts about the law: "The elucidations offered up to now by the Pontifical Council for Legislative Texts not only leave further doubts but do not have the value of authentic interpretations."[34]

Furthermore, while this may be difficult to assess without knowing the full content of the original questions posed to the PCLT, one wonders if some of these questions ought to have been transmitted by the dicastery to the Signatura. Those sent to the Apostolic See shortly after the publication of the motu proprios may have naturally been centered on the interpretation of the norm. However, as art. 17 of the PCLT's own *regolamento* recognizes, if they concern the correct application of the law, such questions sent to the PCLT "are as a rule transmitted to the Dicastery that is competent *ratione materiae*, accompanied, if it is necessary, by the opinion of the Council."[35] There is a settled praxis of the PCLT transmitting procedural questions to the Apostolic Signatura because of its particular competence in the field (*pro competentia*).[36]

[31] See Peña García, "La reforma," 627, no. 1.1.

[32] Cf. Manuel Jesús Arroba Conde, "Le '*Litterae motu proprio datae*' sulla riforma dei Processi di nullità matrimoniale: prima analisi. Alcuni aspetti delle nuove Norme sulle Cause di nullità del Matrimonio," in *Ap*, 88 (2015), 555, note 7.

[33] See Geraldina Boni, "La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte prima)," in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 9/2016 (March 7, 2016), 19 (= Boni, "La recente riforma").

[34] See Massimo del Pozzo, "L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m. p. 'Mitis iudex,'" in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 36/2015 (23 novembre 2015), 31-32, note 111 (= del Pozzo, "L'organizzazione").

[35] See Herranz, "La interpretación auténtica," 521.

[36] See, e.g., STAS, Declaration, Prot. n. 20598/88 VT, 3 June 1989, in William L. Daniel (ed.), *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura.*

Given their place among the complementary sources aiding in the execution of *MIDI* and *MMI*, it is beneficial to list them here and offer some summary and analysis of the core content of each.[37] In line with some of the critical assessments of canonical doctrine, I would propose that in four cases, the response of the PCLT addressed a matter that could rightly be considered a *dubium iuris*. In other cases, it addressed only subjective doubts about the new law.

2.1.2 — Dubia iuris *concerning* MIDI

Some of the novelties introduced by *MIDI* had immediately clear implications, such as the elimination of the conditions under which the forum of the petitioner's domicile or the forum of the majority of proofs could admit a cause (cf. *CIC*/83 derogated c. 1673, 3º-4º) and the executability of a single, unappealed affirmative sentence (c. 1679). Others, however, were objectively confusing, and some were addressed in questions proposed to the PCLT and treated as subjective doubts.

2.1.2.1 — "ad antiquiorem suffraganeum" (Prot. n. 15155/2015, 13 October 2015)

In a response written in Italian to a Cardinal of the Holy Roman Church, the dicastery offers an interpretation of the expression used in law to describe the competent bishop of appeal against the affirmative sentence of the metropolitan archbishop at the end of a first instance abbreviated process. The law reads: "si autem sententia ab ipso Metropolita lata sit, appellatio datur *ad antiquiorem suffraganeum*" (c. 1687 § 3, emphasis added). Applying the principles of juridical certainty and the stability of tribunals, the dicastery concludes that "the suffragan bishop to which the appeal is directed is not the one oldest in age or appointment but rather the bishop of the oldest see in the province."

This letter is uniquely endowed with a little more argumentation than others and even proposes three possible explanations: the oldest suffragan bishop (i.e., in age), the suffragan bishop longest in his office, and the suffragan bishop governing the oldest suffragan see in the province. Its statement favoring the last mentioned appears to be a kind of choice among other

Official Latin with English Translation, Gratianus Series, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2011, 663-664, no. 1; STAS, General Decree, Prot. n. 23192/92 VT, 6 May 1993, in ibid., 697-698, no. 1.

[37] Unless otherwise indicated, their place of publication is to be understood as the PCLT's website (www.delegumtextibus.va).

possible choices, albeit one based on some sound principles. If this were not enough to suggest that it is a matter of a true *dubium iuris*, such would seem to be established by the public disagreement of another dicastery of the Curia, disagreement among proven authors, and the possible discord of judicial praxis.

Indeed, (1) the *Subsidium* for applying *MIDI* issued by the Apostolic Tribunal of the Roman Rota, dated January 2016, states: "if [the sentence] was issued by the Metropolitan, the appeal is made to the *suffragan senior in office*."[38] This document has no particular interpretative authority but confirms the existence of doubt about the meaning of the phrase. In other words, based on the meaning of the words in the law (cf. c. 17), "older suffragan" could have multiple meanings. As regards that document, it cannot easily be ignored that, not only were judges of the Rota part of the drafting commission (like the president of the PCLT), but the dean of the Rota was the president of the commission.[39] On the other hand, the agreement in Italy resulting from the *Tavola di lavoro* supports the view of the PCLT.[40]

(2) Authoritative doctrine considers it to be "the suffragan bishop who has been bishop in the suffragan diocese for the most years,"[41] that is, oldest by promotion (*promotione antiquior*), in contrast with the PCLT and in harmony with the *Subsidium*. Some authors simply favor or yield to the response

[38] Apostolic Tribunal of the Roman Rota, *"Subsidium" for the application of the M.p. "Mitis Iudex Dominus Iesus"*, Vatican City, 2016, 42, no. 3.4 (= *Subsidium*), emphasis in original, which seems not to be precisely for effect but integral to the didactic style of the text. (On this document, *vide infra* section 4.) It is stated also in some presentations by Alejandro W. Bunge, a judge of the Rota and member of the drafting commission: see, e.g., his "Presentación del nuevo proceso matrimonial," in *AADC*, 21 (2015), 102 (= Bunge, "Presentación"); his "La aplicación del proceso matrimonial más breve ante Obispo," in *AADC*, 23 (2017), 177, note 62; and his "Natura e particolarità del processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo," in *Quaestiones selectae*, 89 (= Bunge, "Natura e particolarità"), where he refutes the PCLT's "(non-authentic) particular response" on the basis of discussions of the parallel places during the revision of the *CIC*/17, citing *Comm*, 14 (1982), 220, just as the *Subsidium* does in note 58 (English).

[39] The conflicting views of the PCLT's response and the *Subsidium* are mentioned without comment by one judge of the Rota, who nevertheless sides with the *Subsidium*: cf. Felipe Heredía Estebán, "El proceso más breve ante el Obispo," in *Anuario de Derecho Canónico*, 5 suppl. (October 2016), 119-120; Idem, "L'istruzione e la decisione nel *processus brevior*," in *Ius et matrimonium II*, 388, no. 5.1.

[40] *Vide supra* section 1, at 6. On this point, see Carmen Peña García, "L'appello nelle cause matrimoniali," in *Ius et matrimonium II*, 336 (= Peña García, "L'appello").

[41] See Gianpaolo Montini, "VI. Dopo la decisione giudiziale: appello e altre impugnazioni," in Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale* (ed.), *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, Milan, Àncora Editrice, 2016, 115 (= Montini, "Dopo la decisione giudiziale").

of the PCLT because of the principle of stability in the seat of appeal,[42] while one qualified author accepts it but admits of other interpretations.[43] However, some consider the PCLT's response to raise questions, suggesting that an authoritative intervention is needed.[44] (3) It has come to the knowledge of the PCLT that, notwithstanding its clarification and its dispersion among canonists, "this advice has nevertheless not been followed."[45]

Given that there may be multiple oldest sees in a province if they were established at the same time, there may be a need for further specification of the competent bishop even if the PCLT's interpretation is followed. However, prescinding from the three interpretations of *suffraganeus antiquior*, the better solution may be to promote legislative reform on this point. It should be recalled that the bishop *ad quem* may either reject the appeal (*rectius*: confirm the affirmative sentence) or, "if it is to be admitted, the cause is to be remitted to the ordinary pathway at the second level" (c. 1687 § 4).[46] Qualified doctrine has asserted that, in the case of such a remission, the competent appellate tribunal is the stable appellate tribunal that is competent over the first instance causes of the tribunal from which the cause originated.[47] However, the law merely states that the cause is remitted to an ordinary trial "in altero gradu"—that is, at the second level of jurisdiction.[48] The context of this act is the transmission of the cause from the jurisdiction

[42] Cf. RODRÍGUEZ-OCAÑA, "Nueva regulación," 324-326, 3ª; Cristina GUZMÁN PÉREZ, "Instrucción y decisión de la causa en el proceso abreviado ante el Obispo. Práctica de los tribunales eclesiásticos españoles," in *Estudios Eclesiásticos*, 92 (2017), 640; Adolfo ZAMBON, "Esecutività della sentenza e impugnazione," in *La riforma del processo canonico*, 285-286 (= ZAMBON, "Esecutività della sentenza").

[43] Cf. Manuel Jesús ARROBA CONDE, "Aspectos pastorales de la reciente reforma procesal. Breve comentario al motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus," in *CpR*, 97 (2016), 103 (= ARROBA CONDE, "Aspectos pastorales"); IDEM, "El proceso más breve ante el Obispo," in Lourdes RUANO ESPINA and Cristina GUZMÁN PÉREZ, *Reforma de los procesos de nulidad y otras novedades legislativas de Derecho canónico y eclesiástico del Estado. Actas de las XXXVI Jornadas de actualidad canónica*, Madrid, Dykinson, 2017, 275, note 83; IDEM, "Il M.P. *Mitis Iudex*," 26. One author explains that the norm does not apply in the same way throughout the Latin Church, deeming the Spanish Rota to be the competent appellate tribunal for causes judged by Spanish Metropolitans (cf. Carlos M. MORÁN BUSTOS, "El proceso 'brevior' ante el Obispo diocesano," in *Procesos de nulidad matrimonial*, 172-173).

[44] Cf. DEL POZZO, "L'organizzazione," 20-21.

[45] See GRAULICH, "L'apport du Conseil pontifical," 75.

[46] "Si appellatio mere dilatoria evidenter appareat, Metropolita vel Episcopus de quo in § 3, vel Decanus Rotae Romanae, eam a limine decreto suo reiciat; si autem admissa fuerit, causa ad ordinarium tramitem in altero gradu remittatur."

[47] Cf. MONTINI, "Dopo la decisione giudiziale," 116.

[48] The *Subsidium* proposes that the cause "is remitted to ordinary examination of second instance before *the competent tribunal*" (42, no. 3.4), without identifying which tribunal.

of one judge/tribunal to another judge/tribunal, personified in the canonical tradition by the one who is the innate judge.[49] The act of appeal, viz., its prosecution before the bishop *ad quem* (cf. c. 1633), introduces the cause before the appellate judge; and the admission of the appeal is an admission of the cause into that judge's jurisdiction. Therefore, the ordinary appellate process would be carried out before the tribunal of the bishop *ad quem*. However, if that tribunal of the oldest suffragan see in the province is not equipped to judge causes at the level of appeal, whether by reason of lack of personnel or lack of experience, it hardly seems to be the suitable tribunal for judging these causes. It seems better for the competent suffragan bishop to be the bishop who presides over the tribunal mentioned in canon 1438, 2º, namely the one designated by the metropolitan and approved by the Signatura.

In conclusion, given the lack of clarity on this point and the diversity of solutions, this seems to be a true *dubium iuris*. It concerns a grave matter, namely, the functional competence of a bishop and his tribunal, lacking which, normally, an eventual definitive sentence would be irremediably null due to absolute functional incompetence (cf. c. 1620, 1º; *DC* art. 9 § 1, 2º). Even if the legislator provides means for avoiding an odious sequence of null sentences (cf. c. 14), the matter deserves definitive legislative clarification.

2.1.2.2 — Divergence in Latin and Eastern Discipline concerning the Non-Observance of Canonical Form; Lay Judges in Eastern Tribunals (Prot. n. 15170/2015, 25 November 2015)

This letter accents a point of divergence in the discipline governing Latin Catholics and Eastern Catholics. While the nullity of a marriage entered by Latin Catholics before a civil official can be verified by means of the prenuptial investigation, the nullity of a marriage of Eastern Catholics entered without observance of canonical form can now only be determined by means of a documentary process. The latter involves the judicial citation of both spouses, the intervention of the defender of the bond, and the issuance of a definitive sentence, which can be appealed. This situation exists because of what seems to be merely an oversight: in reordering the *CCEO*'s canons on the documentary process (now cc. 1374-1376), § 2 of the abrogated

[49] E.g., in the chapter "De *tribunali* ordinario secundae instantiae" in Book IV, part 1, section 1, title 2 of the *CIC*/17, we read: "A causis in prima instantia pertractatis coram Metropolita fit appellatio ad loci Ordinarium, quem ipse Metropolita, probante Sede Apostolica, semel pro semper designaverit" (c. 1594 § 2). The competent tribunal is the titular of the capital office who himself or through others judges causes in his jurisdiction.

canon 1372 (which could have been simply c. 1374 § 2) was deleted. The PCLT's letter effectively confirms this divergence without explanation.[50]

Pablo Gefaell illustrates the consequences of this. In the case of an Orthodox Christian with a prior civil union who wishes to enter marriage with a Catholic, if the latter is Latin, it will be sufficient for the nullity of the union to be established via a prenuptial investigation (a "lack of form" declaration). However, if the Catholic is Eastern, that union will have to be examined judicially and declared null by definitive sentence. Rightly does he point to a "need for a greater harmonization" between the two disciplines.[51]

There may not be a doubt of law (*dubium iuris*) textually speaking, since it is clear in the *CCEO* that a marriage allegedly null due to any defect in canonical form is to be examined by way of the documentary process. However, a reasonable *dubium iuris* in terms of a consistent and just order is rightly proposed in response to this change, especially in terms of whether that derogation was necessary and intentional. This is founded on at least three reasons. (1) None of the "fundamental criteria" of the reform would seem to justify the elimination of a non-judicial solution to ruptured marriages whose nullity is evident due to an absence of canonical form. On the contrary, such a solution clearly support the goals of celerity in clarifying one's status. In fact, its elimination contradicts the "conversion of ecclesiastical structures" called for in the preamble to *MMI* and in f.c. III of *MIDI*. (2) This omission compromises the general goal of the canonical legislation, according to which "all Catholics should have the same procedural norms."[52] (3) The source for the now abrogated *CCEO* c. 1372 § 2 is the same as it is for the Latin discipline: the authentic interpretation of 11 July 1984, whose enduring force had just been declared one week earlier by the PCLT (Prot. n. 15182/2015, *vide infra*).[53] If that discipline is still applicable and was a proper source for Eastern law, it is unclear why it should be removed from the Eastern discipline. Thus, a *dubium iuris* on this point was introduced into

[50] On this problem, see also Francis J. MARINI, "Excursus on 'Lack of Form' Cases," in John D. FARIS and Jobe ABBASS (eds.), *A Practical Commentary to the Code of Canons of the Eastern Churches*, vol. 2, Gratianus Series, Montreal, Wilson & Lafleur Ltée, 2019, 2423-2424.

[51] See GEFAELL, "Nota," 71-74, quotation at 73.

[52] See PONTIFICAL COMMISSION FOR THE REVISION OF THE EASTERN CODE OF CANON LAW, "Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale," in *Nuntia*, 3 (1976), 9, no. 2.

[53] "Pont. Comm. Cod. Iur. Can. Auth. Interpr., resp. 11 iul. 1984, II" (PONTIFICAL COUNCIL FOR THE INTERPRETATION OF LEGISLATIVE TEXTS, *Codex canonum Ecclesiarum orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, fontium annotatione auctus*, Vatican City, Libreria Editrice Vaticana, 1995, 458, *sub* c. 1372 § 2). See *AAS*, 76 (1984), 747.

the canonical system by *MMI*, and it was substantially presented to the PCLT in this letter.

Another matter addressed by the same letter concerns the harmonization of permission for the appointment of non-clerical judges in Eastern tribunals (*CCEO* c. 1087 § 2) on the one hand and the completion of a college by two non-clerical judges in causes of nullity of marriage (*MMI* c. 1359 § 3) on the other. The response attributes to the eparchial bishop the right to appoint non-clerical judges without need for such permission. It bases this on "the total logic of the motu proprio's dispositions on the broad power which it intends to be accorded to the eparchial Bishop." This response, however, gives rise to doubt. Canon 1359 § 3 makes no mention of the eparchial bishop; it is the judicial vicar who constitutes the college in each cause (cf. *CCEO* c. 1090 § 1). Nor do the fundamental criteria stress the *ratio legis* supporting the use of lay judges. Their emphasis on the eparchial bishop concerns, above all, his role as judge of his eparchy and his closeness to the faithful. What is this "total logic"? It seems more correct to affirm that the legitimate designation of non-clerical judges presupposes the appointment of lay judges by the eparchial bishop, which presupposes the permission of the patriarch or major archbishop (after their consultation of the permanent synod), or the metropolitan-head of a Church *sui iuris* (after his consultation of the two eparchial bishops senior in episcopal ordination) or the Apostolic See for other Churches. The competent dicastery of the Apostolic See in that matter would seem to be the Congregation for Eastern Churches (*PB* art. 58 § 1).

2.1.2.3 — The Merely Dilatory Appeal (Prot. n. 15700/2016, 20 February 2017)

This letter addresses three points, the first of which addresses an objective doubt of law, while the other two simply declare the objectively clear meaning of the law. Here we concentrate on the first.[54]

The doubt pertains to the meaning of the phrase "si appellatio mere dilatoria evidenter appareat" (c. 1680 § 2) and its relationship to the confirmation of a first instance sentence by the appellate college of judges. According to the letter, the law is to be understood as meaning that the college is to confirm the sentence after it has "reached moral certainty after the examination"

[54] The second point appears to be addressing a juridically-unsettling situation in which suppression of an interdiocesan tribunal has been sought. Rightly does the letter emphasize the hierarchico-jurisdictional link that a tribunal has with its appellate tribunal. The points it addresses would seem to pertain to details that are typically treated directly and clearly in the decree of the Signatura arranging for appellate tribunals. The meaning of the third point is clear but lacking context for the general readership.

of the whole cause "and having verified that the appeal has manifestly dilatory purposes ...." This is a matter about which authors are in disagreement, based on both textual analysis and attempts at harmonization with the canonical tradition, so that it appears to be a true *dubium iuris*. The expression "merely dilatory appeal" is one that could have a subjective sense, according to which the appellant has the personal intent to delay the execution of the sentence. Indeed, since an appeal is by its nature dilatory (cf. c. 1638), it might seem to be a delay "which must be attributed to the resistant party," as when there is a "merely dilatory purpose for the appeal."[55] One author affirmed this understanding "based on the letter of the norm" but doubted it based on its restrictive consequences and the canonical tradition on the right of appeal.[56] This was also the understanding of members of the drafting commission[57] and some other authors.[58] A significant strain of doctrine, however, has rightly attributed to it a more objective sense according to which the merits of the appeal itself are weighed, *visis omnibus causae actis atque sententia*, and its admission would merely delay a just affirmative sentence.[59] Some authors see both the subjective and objective elements as necessary to weigh.[60]

[55] See RODRÍGUEZ-OCAÑA, "Nueva regulación," 315, g) and 317.

[56] Cf. Alessandro RECCHIA, "I mezzi di impugnazione: alcune considerazioni," in Ernest B.O. OKONKWO and Alessandro RECCHIA (eds.), *Tra rinnovamento e continuità. Le riforme introdotte dal "motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus"*, Quaderni di Ius Missionale, Rome, Urbaniana University Press, 2016, 116-118 (book = *Tra rinnovamento e continuità*).

[57] See, e.g., Pio Vito PINTO, "By the Will and Authority of Pope Francis. Procedural Reform Pertaining to Declarations of Marriage Nullity," in *ORE* (11 September 2015, no. 37), 5; MORRISEY, "The *Motu Proprio*," 18 and 22.

[58] See, e.g., John P. BEAL, "*Mitis Iudex* Canon 1671-1682, 1688-1691: A Commentary," in *Jur*, 75 (2015), 510-511 (= BEAL, "*Mitis Iudex*"). I myself took this initial view ("An Analysis of Pope Francis' 2015 Reform of the General Legislation Governing Causes of Nullity of Marriage," in *Jur*, 75 [2015], 455-456; = DANIEL, "An Analysis") but later had an opportunity to explore it more deeply (cf. my "The '*Appellatio mere dilatoria*' in Causes of Nullity of Marriage. A Contribution to the General Theory of the Appeal against a Definitive Sentence," in *StC*, 50 [2016], 383-452).

[59] Cf., e.g., MONTINI, "Dopo la decisione giudiziale," 112-113; TOXÉ, "La réforme," 107; ARROBA CONDE, "Aspectos pastorales," 95-96; Carlos Manuel MORÁN BUSTOS, "Retos de la reforma procesal de la nulidad del matrimonio," in *IC*, 56 (2016), 31, no. 8 (= MORÁN BUSTOS, "Retos"); PEÑA GARCÍA, "La reforma," 654, note 43; IDEM, "L'appello," 314; Francesco COCCOPALMERIO, "Processo matrimoniale e missione della Chiesa," in *La riforma del processo matrimoniale ad un anno*, 22, no. 2.1; ZAMBON, "Esecutività della sentenza," 281-285.

[60] Cf. BUNGE, "Presentación," 79; José Luis LÓPEZ ZUBILLAGA, "El nuevo proceso ordinario de declaración de nulidad del matrimonio," in *Ius Communionis*, 4 (2016), 284-285; Massimo DEL POZZO, "L'impatto della riforma sul diritto processuale vigente," in *La riforma del processo matrimoniale ad un anno*, 63, 8) (= DEL POZZO, "L'impatto della riforma").

Presumably, the dicastery does/did not deem it to be a *dubium iuris*, but this reply introduces its own questions. What weight is to be attributed to the objective judgment (moral certitude) in support of the dispositive part of the first instance sentence on the one hand, and to the subjective motivation of the appellant on the other hand? The use of the conjunctive "and" seems to attribute equal weight to both elements, which seems difficult to sustain when the judges are morally certain of the rectitude of the decision while the appellant had no dilatory motives. Justice surely would demand that the judge confirm the decision. Moreover, this reply does not address the recurring scenario in which the "purposes" of the appellant are unclear in the appeal. It appears that the jurisprudence of the Rota will eventually lend support to the majority view in doctrine.[61] One wonders if the PCLT anticipated this, but such does not imply that the meaning of the legislative expression enjoyed objective clarity.

2.1.2.4 — Limitations on the Bishop's Power in regard to the Abbreviated Process (Prot. n. 15983/2017, 1 September 2017)[62]

This letter delineates who is competent to judge causes handled by way of the abbreviated matrimonial process before *the bishop*. It hastens to restrict this to the diocesan bishop, those equivalent in law to the same (c. 381 § 2), and an apostolic administrator who has been given this faculty in the decree of appointment. What is unclear from the meaning of the law is the un-delegability of this faculty, as well as the exclusion of the diocesan administrator. *MIDI* aspires for the bishop to act personally as judge, but it does not expressly deprive him of his traditional authority to delegate his judicial power or exclude diocesan administrators from this particular service. In view of the offices of judicial vicar and ecclesiastical judge, it is evident that judging is not by its nature reserved to the diocesan bishop. In other words, the canonical tradition tends to favor a non-restriction of this competence to the diocesan bishop, whereas the PCLT's response, based on aspects of *MIDI*, introduces doubt.

As regards the delegability of the faculty to judge in such causes, there is a long history of the bishop delegating his judicial power.[63] Some limitation on this, apart from a normative preference for the bishop's proximity to the

[61] *Vide infra* section 4.

[62] *RR 2018*, 11-12.

[63] For a summary of the doctrine on this, see William L. Daniel, "The Abbreviated Matrimonial Process before the Bishop in Cases of 'Manifest Nullity' of Marriage," in *Jur*, 75 (2015), 556-563.

work of judging, should be made clear in the law. Thus, one detects in *MIDI* and in this letter of the PCLT a certain discontinuity from canonical tradition.[64]

Prior to this response of the PCLT, Arroba Conde had persuasively argued that, while the bishop theoretically could delegate his judicial power and the competence to judge in an abbreviated process, he should not, not only because of *MIDI*'s strong emphasis on the bishop as judge, but because "none of the three reasons put forward by traditional doctrine that justify the bishop's ability to delegate his judicial power should be present in these kinds of processes."[65] According to classic doctrine, it is expedient for bishops not to judge since, while so many administrative responsibilities fall to them, the moderation of a process is "long and involved, requiring the continual and skilled labor of the judge." Moreover, as judge, the bishop must place himself between two parties and decide in favor of one and against the other, the latter of whom may find himself "hostile to the judge as if he had suffered an injustice. And afterwards, appealing to the superior judge, he requests that the inferior judge's sentence be corrected; and if he should obtain it, he will celebrate his triumph and disdain the bishop as one conquered."[66] In short, the bishop usually lacks the needed time for the proper work of judging, may not normally be prepared in canon law, and would typically want to avoid alienating one of the parties. Arroba Conde replies that, in this new process, there is not much of a time-demand on the bishop, since the admission and instruction of the cause is handled by the judicial vicar and the instructor, requiring the bishop only to examine the acts of the cause and the arguments and to issue a sentence. Also, even if the bishop is not well-versed in canon law, he is aided in his examination of the cause by an assessor and instructor. Finally, it is unlikely that the bishop will alienate either of the parties from himself, since at the outset of the cause they already agreed about the nullity of marriage and the use of the abbreviated process.[67]

However, as Archbishop Bernard Hebda illustrated shortly after *MIDI* came into effect, the possibility for delegation would be advantageous when

[64] Cf. Alessandro RECCHIA, "L'esercizio della potestà giudiziaria da parte del Vescovo nella storia: punti nodali," in *La riforma del processo canonico*, 60-61, no. 2.

[65] See ARROBA CONDE, "La experiencia sinodal," 190-191.

[66] See Michele LEGA and Vittorio BARTOCCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem iuris canonici*, vol. 1, Rome, Anonima Libraria Cattolica Italiana, 1950, 136.

[67] To the concern that a bishop ought not judge because his decision, if appealed, would be subject to the judgment of non-bishop judges, Pio Vito PINTO observes that the appellate judge, at least the one competent to make the immediate decision, is also a bishop (cf. his "Natura e finalità del M.p. *Mitis Iudex*," in *QSR*, 23 [2016], 125).

the diocesan bishop must recuse himself for any reason,[68] including pastoral care offered to a party (in realization of the principle of proximity) in relation to the marriage nullity process. He related a situation in which a parishioner of his archdiocese received a negative decision from the Rota, which asked him to meet with the petitioner and explain her options, including the option of presenting a new petition on a new ground.

> It occurred to me that while I was meeting with her as her pastor, I might down the road have to be the judge of her case in the event that she would accept the Rota's suggestion and move forward on other grounds and in the event that my judicial vicar would determine that the *processus brevior* would be appropriate in this particular case. There was a certain awkwardness in being both the pastor and the potential judge. While the relationship that I was building with the petitioner could foreseeably be strengthened by a potential affirmative decision, a negative decision could be devastating. It made me wonder whether *Mitis Iudex* should have made some provision for exceptional delegation of the role given exclusively to the diocesan bishop in the *processus brevior*.[69]

The solution proposed is one well rooted in canonical tradition.[70] However, given the reservation of the function of judge in such processes to the diocesan bishop, in a case of recusal it would seem necessary either for the parties to approach another bishop competent by law or to introduce the cause for treatment in the ordinary process.[71]

That this matter addressed by the PCLT's response of 1 September 2017 is a *dubium iuris* is obliquely confirmed by the quasi-authentic interpretation of the law given by Pope Francis in his speech of 25 November 2017 to

[68] "Si Episcopus sit iudex et contra eum recusatio opponatur [vel causam cognoscere non possit ad mentem can. 1448, § 1], ipse abstineat a iudicando" (c. 1449 § 3; cf. ibid. § 1). It is difficult to assent to the notion that this norm has been derogated by *MIDI* (cf. Joaquín LLOBELL, "Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal M.P. '*Mitis Iudex*,'" in *IE*, 28 [2016], 26).

[69] See his "Reflections on the Role of the Diocesan Bishop Envisioned by *Mitis Iudex Dominus Iesus*," in *Jur*, 76 (2016), 254-256, quotation at 256. On this problem, see also Luigi SABBARESE, "Il processo più breve: condizioni per la sua introduzione, procedura, decisione," in *Tra rinnovamento e continuità*, 45 (= SABBARESE, "Il processo più breve"). BUNGE holds that one must request the faculty to delegate this competence from the Apostolic See (see his "Natura e particolarità," 75).

[70] Cf. X 2.2.4: "Episcopus ut suspectus recusatus, de cuius suspicione notorie constat, potest dare delegatum partibus non suspectum, cuius sententiam poterit per se exsecutioni mandare."

[71] On these solutions, see Luigi SABBARESE, "La riforma del processo matrimoniale canonico tra snellimento e tutela del *favor matrimonii*," in *AADC*, 23 (2017), 95 (= SABBARESE, "La riforma").

participants in a formation course held by the Rota, in which he stated emphatically: "In the abbreviated process, two inseparable conditions are required *ad validitatem*: *the episcopate* and *being the head of a diocesan community of the faithful* (cf. c. 381 § 2). If one of the conditions is lacking, the abbreviated process cannot take place. The instance must be judged with the ordinary process."[72] This statement lacks the form and audience proper to an authentic interpretation and "it is not of a legislative nature," even while revealing Pope Francis's intentions.[73] It would have been preferable had the PCLT offered an authentic interpretation (presumably of a restrictive character), so that this matter could enjoy juridical certitude.

2.1.3 — *Clarifications or explanations of the law*

Prot. n. […], 8 September 2015. The undersecretary of the dicastery explained that it received a question about *MIDI* on the very day it became public. A judicial vicar from the United States asked whether a petition submitted prior to 8 December 2015 could be admitted and treated by way of the abbreviated matrimonial process before the bishop. The dicastery replied that, with the consent of the parties, the process could be delayed until the new law came into effect and that that process could then be used.[74] In the case of this question, the meaning of the law was clear: canons 1683-1687 of *MIDI* and artt. 14-20 of the *RP* (together with f.c. IV) were not yet in effect. The spouses would be the ones whose consent, in part, enabled the legitimate use of that process (c. 1683, 1°); they could likewise consent to suspend the process, or better, revoke and later resubmit the *libellus*, since the judge must admit a legitimately submitted *libellus* (cf. cc. 1505 § 1; 1506). Application to a particular case could also depend upon whether the defender of the bond had been cited; if he had, he could have legitimately insisted that the cause be prosecuted according to the norm of law, lest the marriage be judged according a process that offers the bond fewer safeguards.

Prot. n. 15138/2015, 1 October 2015.[75] This response addresses the conversion of the ordinary form of the process to the abbreviated process

[72] See FRANCIS, Discourse, 25 November 2017, in *AAS*, 109 (2017), 1313-1316, at 1315, no. 3; *OR* (26 November 2017), 7; *Comm*, 49 (2017), 276-279.

[73] See Astrid KAPTIJN, "La *ratio legis* de *Mitis Iudex Dominus Iesus*," in *Comprendre la réforme*, 48.

[74] Cf. GRAULICH, "L'apport du Conseil pontifical," 68.

[75] A letter written on the same day (Prot. n. 15139/2015) repeats the teaching found in this one in regard to the explicit character of the respondent's consent.

before the bishop and of the respondent's explicit consent as a condition for the legitimate use of that process. Both responses address points of application and interpretation, not an objective doubt of law. In regard to the first, both the ordinary and the abbreviated process pertain to the same substantive question: whether nullity of a marriage is established. A cause admitted to the early stages of the ordinary process might be one in which nullity is manifestly evident and in which the proofs can be swiftly gathered in a single live session. At the same time, nothing prohibits such a session in an ordinary process, except for the normal absence of the parties from the interrogations and, consequently, the need for the publication of the acts (cf. cc. 1559; 1598 § 1). In the case of such a conversion and in the simple admission of a cause to treatment in the abbreviated process, a subjective doubt might be rooted in the unfamiliarity and novelty of depending upon the respondent. However, the requirement of his consent in canon 1683, 1° is not of inherently doubtful meaning. It is clearly a standard higher than the mere hearing typical in the judicial process. Accordingly, such consent cannot be considered given by a party who is non-responsive to the citation, willfully absent from the process, or unlocatable.

Prot. n. 15157/2015, 13 October 2015.[76] This letter clarified the non-revocation of the motu proprio *Qua cura* of Pope Pius XI by *MIDI*, which nowhere eliminated the institution of regional or interdiocesan tribunals.

Prot. n. 15182/2015, 18 November 2015. This letter declared what should be obvious about the correspondence between the norm of canon 1688 of *MIDI* and the abrogated norm of canon 1686 as promulgated in the *CIC*/83. It is the very same norm, the former simply adding an explicit reference to the diocesan bishop, who has always been the judge of first instance (cf. c. 1419 § 1). As such, the related authentic interpretation of 11 July 1984, pertaining to the sufficiency of the prenuptial investigation for marriages entered by Catholics before a civil official,[77] and other norms, remain in effect.

Prot. n. 15201/2015, 18 November 2015.[78] Use of the abbreviated matrimonial process before the bishop may introduce difficulties in places where regional or interdiocesan tribunals exist. For, if only matrimonial causes are entrusted to such tribunals (cf. c. 1423 § 2), diocesan tribunals must be

[76] See *Justice and Mercy Have Met*, 371-372.

[77] *AAS*, 76 (1984), 747, no. II. See also *DC* artt. 5 § 3; 297 § 2.

[78] See *Justice and Mercy Have Met*, 374-375.

constituted so that penal causes and causes of rights and separation of spouses may be treated and judged. There should be at least a judicial vicar, promoter of justice, and a notary appointed in each diocese in such circumstances. The diocesan bishop judges matrimonial causes handled in the abbreviated process, but his diocesan tribunal is not competent over matrimonial causes. This letter of the PCLT is perplexing when it presents the diocesan judicial vicar as competent to admit marriage nullity causes for treatment in the abbreviated process, since in that case a tribunal incompetent *ratione materiae* is admitting a cause into its own jurisdiction. There is no title of competence *ratione formae* and, in any case, the form of process is only first determined no less than two weeks after the admission of the *libellus* (cf. c. 1676 §§ 1-2). On the other hand, the diocesan judicial vicar is not competent to order the judicial vicar of the interdiocesan tribunal to admit a cause to an ordinary trial. This matter was addressed by the *Tavola di lavoro*, which framed the solution in terms of coordination between the judicial vicar of the interdiocesan tribunal and the competent *diocesan bishop*.[79]

Prot. n. 15210/2015, 26 November 2015.[80] This letter addresses a matter clear in the law itself, namely, whether modification of the formulation of the doubt is reserved to the judicial vicar, to whom the original formulation of the doubt is reserved *ex can.* 1676 § 2. It applies the general rule of canon 1691 § 3 according to which the general norms on the judicial process govern such causes in matters not prescribed by the special laws of *MIDI*. The norm of canon 1514 is unaffected by *MIDI*, and the judicial vicar entrusts the cause to a college of judges or to a single clerical judge. The latter (cf. c. 1673 § 4 *in fine*) or either the presiding judge or *ponens* is then competent to modify the formulation of the doubt according to the norm of canon 1514.

Prot. n. 15247/2015, 22 December 2015. This letter declared that the papal rescript of 7 December 2015 "has erased every doubt" about how *RP* art. 8 § 2 applies to the regional tribunals of Italy. Consequently, it abrogates the motu proprio *Qua cura*. However, this letter would not be the final word, as is explored above.[81]

[79] *Vide supra* section 1, at 4). For aspects of this coordination and the limitations that may be encountered by both parties, see MONTINI, "Competenza e prossimità," 42-47. On the Signatura's intervention on the same question, *vide infra* section 3.2.2.

[80] This letter is unpublished but ends with the indication that it "can be made known among other canonists."

[81] *Vide supra* section 1.

Prot. n. 15264/2015, 12 January 2016.[82] This letter reaffirms the right of an aggrieved party to appeal a second, discordant definitive sentence to the Rota (cf. c. 1444 § 1, 2°; f.c. VII). A certain novelty is expressed in it in regard to what the PCLT wants to encourage in the praxis of the Signatura when a pontifical commission is requested for judgment at the third level of jurisdiction at a diocesan or interdiocesan tribunal. It proposes that the Signatura's decision would be informed by the principle of proximity and the ideal of the bishop's greater involvement in the administration of justice.

Prot. n. 15291/2016, 12 February 2016. This letter, in reply to three questions, summarizes the norms. The replies pertain to the right of a bishop to establish his own tribunal, the conditions under which he may licitly appoint the vicar general as judicial vicar, and necessary judicial offices, together with their qualifications and the option of seeking a dispensation from the degree requirement from the Signatura.

Prot. n. 15363/2016, 8 April 2016.[83] This letter stresses the binding force of the norms of *RP*. It also explains that the new canon 1676 § 1 does not require the so-called "*mémoire introductif d'instance*" to be communicated to the respondent. To respect the respondent's right of defense and observe the norm of canon 1508 § 2, however, this must be understood to be some statement not integral to the introductory *libellus*. If it is an act of the cause, however, it would eventually have to be published to the respondent in accord with canon 1598 § 1.

Prot. n. 15634/2017, 1 February 2017.[84] This letter pertains not so much to *MIDI* but to its impact on other canons in the *CIC*. It addresses two cases in which canons governing causes of separation of spouses refer to canons that have now been changed. Canons 1693 § 2 and 1694, respectively, refer to canons 1682 § 2 and 1673. However, "we should infer" that the former canons should now be understood to read substantially as follows:

– "**Can. 1693** – […] § 2. … tribunal secundi gradus ad normam can. 1680, § 2 procedat …."
– "**Can. 1694** – Quod attinet ad tribunalis competentiam, serventur praescripta can. 1672."

[82] It is dated "12 gennaio 2015" on the website, which is an error, since it is a reply to a letter of 17 December 2015, and *Mitis Iudex* had not yet been issued in January 2015.

[83] This teaching on the silence of *MIDI* about the so-called *mémoire* is largely repeated in Prot. n. 15760/2017, 23 February 2017.

[84] *RR 2017*, 17-18.

Likewise, the following should be the inferred new reading of other textually underogated canons:[85]

– "**Can. 1425** – § 1. Reprobata contraria consuetudine, tribunali collegiali trium iudicum reservantur: 1° causae contentiosae: … *b*) de vinculo matrimonii, firmis praescriptis cann. 1683, 1688 et 1690; …."
– "**Can. 1639** – § 1. Salvo praescripto can. 1680, § 4, …."
– "**Can. 1700** – § 1. Firmo praescripto can. 1678, § 4, …."

The certitude of the law and the dignity and gravity of ecclesiastical legislation merit that such details not be ignored or be resolved based on inference. Rather, the legislator can acknowledge that "some errors crept into" the law and order them to be corrected.[86]

Prot. n. 15822/2017, 2 March 2017. This letter asserts that the 7 December 2015 rescript of the Pope should be applied in a way that respects the right of all the faithful who approach the Rota to have the aid of an advocate (cf. c. 1481 § 1). It cannot be taken to mean that the faithful would have an advocate imposed upon them by the tribunal, "since a party could determine that the advocate which has been imposed upon him is not good or that he lacks the trust that is established between a client and his counsel."[87] Indeed, the Pope's wish that the Rota administer justice without imposing fees ("secondo la gratuità evangelica")[88] does not justify any limitation on parties' right to an advocate of their choice.

Prot. n. 15944/2017, 13 June 2017. This letter addresses the erection of an interdiocesan tribunal by referring to and quoting canon 1423 and by describing what the PCLT understands to be the praxis of the Signatura in the matter.

Prot. n. [...], 7 July 2017.[89] In response to a question about whether the judicial vicar may delegate the faculty to decree the formulation of the doubt, this letter explains what is clear in the law about the reservation of that act to the judicial vicar or his adjunct (cf. c. 1676 § 2). It could also be noted that the decree by which the formulation of the doubt is established is an act

85 For analysis of these examples, see William L. DANIEL, "The Principle of Collegiality in the Exercise of Judicial Power in the Church," in *StC*, 53 (2019), 380, note 39.

86 See SECRETARY OF STATE, *Codex Iuris Canonici: Appendix*, 22 September 1983, in *AAS* 75 (1983-II), 321-324. This is a kind of rescript *ex audientia Sanctissimi*, since it reports the Supreme Pontiff's approval of corrections proposed by the Pontifical Commission for the Revision of the Code of Canon Law.

87 See TOXÉ, "La réforme," 127.

88 FRANCIS, Rescript, 7 December 2015, in *AAS*, 108 (2016), 6, no. 6.

89 *RR 2017*, 15.

of judicial power, namely, a judicial decree (cf. c. 1617). Judicial power cannot be delegated by judges (c. 135 § 3; *DC* art. 32 § 1).

Prot. n. 15721/2017, 24 January 2018. This letter affirms the clear norms according to which the defender of the bond participates in the introductory stage of the process and in the instructional sessions of the abbreviated process, and that he writes observations to be examined by the bishop in the same process. The PCLT affirms its own incompetence to judge the possible nullity of a sentence when there are defects in these procedural elements; that is proper to a tribunal in a particular case. Beyond this matter, it also explains the norm of canon 1678 § 4 on the transition of a cause to a dissolution petition due to non-consummation of marriage.

Prot. n. 16132/2017, 1 February 2018.[90] This letter affirms various norms regulating the abbreviated matrimonial process before the bishop. Its main theme pertains to the instructional session, including some notes about the legitimate instruction of a cause. The occasion is also taken to restate the "positively manifested" consent of both spouses to this process.

2.2 — The Instruction *Dignitas connubii*

The PCLT "has always replied that *Dignitas connubii* must still be applied to what concerns the rules in force that are untouched by the reform."[91] Another service it could consider as the years pass and clarification of the law comes about through the work of doctrine, jurisprudence, and praxis, is the revision of the Instruction *Dignitus connubii* (DC), issued by the dicastery on 25 january 2005.[92] In the first place, it might be beneficial for there to be some authoritative recognition of its non-abrogation.

For its part, canonical doctrine recognizes the generally enduring force of *DC* and, in particular, of its prescripts which are not contrary to *MIDI*. This is verified by direct pronouncements on the question, even by authoritative doctrine, as well as by the habitual citation of its articles as norms that are still in effect.[93]

90 *RR 2018*, 21-22. The prot. n. and date are not given in this publication but seem to have been learned by others. See https://www.iuscangreg.it/risposte.php?lang=EN (accessed 18 September 2020).

91 See Graulich, "L'apport du Conseil pontifical," 76.

92 Pontifical Council for Legislative Texts, Instruction *Dignitas connubii*, 25 January 2005, Vatican City, Libreria Editrice Vaticana, 2005, and in *Comm*, 37 (2005), 11-92 (= *DC*).

93 Cf. Frans Daneels, "A First Approach to the Reform of the Process for the Declaration of Nullity of Marriage," in *Jur*, 76 (2016), 120, no. 3.4 (= Daneels, "A First Approach");

Notably, *MIDI* nowhere mentions *DC*.[94] By the nature of the matter, it must be acknowledged that *DC*'s application of the canons on trials in general and on the ordinary contentious trial remains accurate in most details. *MIDI* re-codifies the prior canon 1691 in the new canon 1691 § 3 (see also *RP* art. 6), thereby making use of the legislative technique of incorporation by means of remission, according to which the special procedural norms governing causes of matrimonial nullity are complemented by the stable institutions of the judiciary and of the dynamic procedural norms. In other words, "the motu proprio does not intend to present all the particulars of procedural law."[95] It brings about the obrogation of the originally promulgated canons 1671-1691 (i.e., both a derogation of some canons and a reincorporation of others), such that "it does *not* involve a new, complete or global regulation of the processes for the declaration of nullity of marriage but *only the special elements* proper to those kinds of processes."[96] Therefore, *DC* continues to usefully and effectively explain how the canons are to be observed in diocesan and interdiocesan tribunals. This is also based on the fact that some elements of the instruction are not primarily positive norms but are drawn from the teaching of the Magisterium, from Rotal jurisprudence, and from the praxis of the Signatura.

All of this being said, *DC* no longer stands as a complete guide for handling causes of nullity of marriage, since several of its provisions must be adjusted.[97] The questions are: which norms have been derogated and to what extent? And which norms remain effective? Authors do not seem to see a

BONI, "La recente riforma," 44-46; Carmen PEÑA GARCÍA, "Agilización de los procesos canónicos de nulidad matrimonial," in *IC*, 56 (2016), 58 (= PEÑA GARCÍA, "Agilización"); MORRISEY, "The *Motu Proprio*," 11; Dominique MAMBERTI, "Presentazione," in *Tra rinnovamento e continuità*, 10; IDEM, "La scienza canonica," 19 and 23; Carlos Manuel MORÁN BUSTOS, "La vigencia de la Instrucción *Dignitas connubii* a la luz del M. P. *Mitis Iudex*," in *IC*, 57 (2017), 605-635 (= MORÁN BUSTOS, "La vigencia"); Mirian CORTÉS DIÉGUEZ, "La reforma del proceso de nulidad matrimonial. Algunas claves, riesgos y desafíos," in *REDC*, 75 (2018), 17-18 (= CORTÉS DIÉGUEZ, "La reforma"). This is implicit throughout canonical doctrine, which cites *DC* without question as a body of norms in force.

94 As MORÁN BUSTOS rightly points out ("La vigencia," 614-615), *DC* was described in positive terms by Pope Francis himself on the eve of the tenth anniversary of its publication, while the work of the special commission drafting *MIDI* was in progress (see *AAS*, 107 [2015], 192-193).

95 See GEFAELL, "Nota," 69, *sub* B.

96 See RODRÍGUEZ CHACÓN, "Antecedentes, estructura y valor jurídico," 43. On *DC* itself, see ibid., 55-57.

97 On this problem, see DEL POZZO, "L'impatto della riforma," 67-68, where the author also posits the problem of there being a "mutato impianto procedimentale e anche di un contesto mentale differente (si pensi alla semplificazione, alla prossimità, all'economicità)." It is noted that those ideals were present in the procedural order prior to *MIDI*.

need or benefit to articulating the norms of *DC* as impacted by *MIDI*, but they do address that theme when treating particular questions. The hermeneutic of continuity and reform in the Church's discipline indeed allow one to arrive at an appreciation for which norms of *DC* have been derogated and which have not, and to recast them according to the legislative reform of *MIDI*. Therefore, the norms of the instruction must be weighed and implemented in a way that promotes the availability and the celerity of the marriage nullity process, without prejudice to the primary goals of searching for the truth and protecting the indissolubility of marriage by means of a just process. However, if *DC* is not to be discarded, its enduring utility needs to be demonstrated; this would be especially useful in the formation of future canonists.

A full updating of *DC* would require an incorporation of the full discipline reformed and established in *MIDI*. This seems to be a work proper to the PCLT. In the meantime, what may be useful for canonical doctrine and for ministers of justice is to examine *DC* in its own right, even while admitting that it does not represent the full discipline pertaining to causes of nullity of marriage inasmuch as it omits certain newly regulated areas, such as the prior pastoral investigation and the abbreviated process before the bishop. After weighing the norms of *DC* in light of *MIDI*, it can be seen that three classes of modifications have been made by the coming into effect of the reformed canons. These pertain to (1) the elimination of certain norms, (2) the modification of the text of some norms, and (3) the cross-references of canons. Other norms remain in effect as given in *DC* and are to be observed in accord with the norm of the new canon 1691 §3.

2.2.1 — *Derogations of whole norms*

Certain legislative choices of Pope Francis derogate certain full articles or parts of articles of *DC*. These are related to the modification of the titles of competence, the emphasis on the judicial dimension of the office of diocesan bishop, the reservation of the introductory stage of the process to the judicial vicar, and the derogation from the obligation of a double conformity of sentences for the execution of an affirmative decision. The norms eliminated from the *ius vigens* in virtue of these modifications are the following:

(a) **Art. 13** of *DC* explains the manner in which the judicial vicar was to fulfill the conditions prescribed in the now derogated canon 1673, 3º-4º. Since those conditions have been eliminated, art. 13 is entirely derogated. Nevertheless, it contains two prudent directives that ought to be integrated into judicial praxis. (1) When a *libellus* arrives at the tribunal in

which the respondent does not have a domicile or quasi-domicile, the tribunal should take into account any "difficulties of the respondent in defending himself before the tribunal of the place in which the petitioner has a domicile [or quasi-domicile] or in which the majority of the proofs are to be collected" (*DC* art. 13 § 4;[98] cf. c. 1672, 2º-3º). For, while much relief has been experienced by the facility with which, for example, a petitioner whose ex-spouse resides in their country of origin where they entered marriage, it has not become easier for the respondent to defend himself before a tribunal in a foreign land judging his marriage in a language that he may not know. (2) While *MIDI* seems to anticipate cases of *consortium litis activum* (cc. 1676 § 1; 1683, 1º; *RP* artt. 4 and 15),[99] the respondent may be unlocatable. Therefore, the tribunal must still observe the rule according to which "if … after conducting a diligent investigation, the place where the respondent resides is unknown, this must be established in the acts" (art. 13 § 6).[100] This is stated in the underogated art. 132 § 1.

(b) **Art. 22 § 2** is a rule that remains prudent and practical, especially in regard to the ordinary contentious trial. However, it must be considered derogated by the positive law, given the general emphasis on the bishop as the judge of the faithful entrusted to his care (f.c. III),[101] the exhortation that he not leave this matter entirely to the judicial offices of the curia (ibid.), the reservation to him of the decision in the *processus matrimonialis brevior* (cc. 1683 *incipit*; 1687 § 1; *RP* art. 20), and the explicit mention of him as judge in the documentary process (c. 1688; *RP* art. 21).

(c) In **art. 46 § 2**, which lists the particular functions of the presiding judge, 7º-10º and 13º are derogated since those acts are reserved to the judicial vicar (c. 1676 §§ 1-3). For the same reason, all references to the *praeses* or *ponens* are changed to *Vicarius iudicialis* (in its appropriate declension) in the artt. 120 § 1; 126 § 1; 127 §§ 1-3; 135 §§ 1 and 4; 138 §§ 1-2; and 140, 1º.

98 "Vicarius iudicialis … sedulo perpendere debet omnes causae circumstantias, praesertim partis conventae difficultates sese defendendi apud tribunal loci in quo pars actrix domicilium [vel quasi-domicilium] habet vel in quo pleraeque probationes colligendae sunt."

99 This seems also to be the motive for the use of the word *pars* instead of *actor* in *RP* art. 10, which otherwise repeats the applicable norm of c. 1503 and of *DC* art. 115 § 2. That is, in the case of a common petition between the spouses, one of the spouses may be unable to write and could verbally state his accusation against the validity of the marriage.

100 "Si …, diligenti inquisitione peracta, ignoratur ubi degat pars conventa, id in actis constare debet."

101 Cf. SABBARESE, "La riforma," 89.

(d) **Art. 264** is derogated due to the executability of a single, unchallenged (especially unappealed) affirmative sentence (c. 1679; f.c. I). Transmission to the appellate tribunal and admission into its jurisdiction depends upon a legitimate action, whether an appeal or a new proposition of the cause. Moreover, the whole Title XI *De causae ad tribunal appellationis transmissione ac pertractatione* would need to be envisioned as being incorporated into Title XII, Chapter II *De appellatione*, since the cause is transmitted and handled in the way described in Title XI (*mutatis mutandis*) only after an appeal has been legitimately introduced and prosecuted.

2.2.2 — *Partial derogations*

In several places, *DC* continues to offer a fully useful and binding norm, while details have been modified by *MIDI*. Applying the derogations brought about by the latter, one can arrive at a modified version of the norm in *DC*.

Modified Norm (Based on Official Texts)	Private English Translation
Art. 10 – § 1. In causis de matrimonii nullitate, quae non sint Sedi Apostolicae reservatae vel ad eandem advocatae, in primo iurisdictionis gradu sunt competentia:	**Art. 10** – § 1. In causes concerning nullity of marriage which are not reserved to the Apostolic See or called to it, competent at the first level of jurisdiction are:
1° tribunal loci in quo matrimonium celebratum est;	1° the tribunal of the place in which the marriage was celebrated;
2° tribunal loci in quo **alterutra vel utraque** pars ~~conventa~~ domicilium vel quasi-domicilium habet;	2° the tribunal of the place in which either or both of the parties has a domicile or a quasi-domicile;
~~3° tribunal loci in quo pars actrix domicilium habet, dummodo utraque pars in territorio eiusdem Episcoporum conferentiae degat et accedat consensus Vicarii iudicialis domicilii partis conventae, qui prius ipsam interroget, num quid excipiendum habeat;~~	[delete original 3°]
4° tribunal loci in quo de facto colligendae sunt pleraeque probationes~~, dummodo accedat consensus Vicarii iudicialis domicilii partis conventae, qui prius ipsam interroget, num quid excipiendum habeat~~ (cf. can. 167**2; *RP* art. 7, § 1**).	3° the tribunal of the place in which the greater part of the proofs are *de facto* to be collected (cf. can. 1672; *RP* art. 7, § 1).

Art. 30 – […] § 3. In primo iudicii gradu, si forte collegium constitui nequeat, ~~Episcoporum conferentia,~~ quamdiu huiusmodi impossibilitas perduret, ~~permittere potest ut~~ Episcopus Moderator causas unico iudici clerico committat, qui, ubi fieri possit, **duos assessores**~~m~~ et auditorem sibi asciscat; eidem iudici unico, nisi aliud constet, ea competunt quae collegio, praesidi vel ponenti tribuuntur (cf. can**n**. 1425, § 4; **1673, § 4**).	**Art. 30** – […] § 3. At the first level of the trial, if a college perhaps cannot be constituted, for as long as such an impossibility endures, the Bishop Moderator is to entrust causes to a single clerical judge who, when it can happen, is to employ two assessors and an auditor; the same single judge, unless otherwise established, is competent over those things that are attributed to a college, presiding judge or *ponens* (cf. cann. 1425, § 4; 1673, § 4).
Art. 43 – […] § 2. Episcoporum conferentia permittere potest ut etiam laici iudices constituantur, e quibus~~, suadente necessitate,~~ unus **vel duo** assumi **possunt** ad collegium efformandum (**cf.** can**n**. 1421, § 2**; 1673, § 3**).	**Art. 43** – […] § 2. The Conference of Bishops can permit even laypeople to be appointed as judges, one or two of whom can be included to form a college (cf. cann. 1421, § 1; 1673, § 3).
Art. 45 – Tribunalis collegialis est: […] ~~3° videre de recursu ad se propositum [*sic*] adversus libelli reiectionem (cf. art. 124, § 1)~~; 4° videre de recursu adversus decretum ~~praesidis vel ponentis~~ **Vicarii iudicialis**, quo formula dubii vel dubiorum statuitur (cf. art. 135, § 4); […] 11° in gradu appellationis ad normam art. 265 §§ **2-6, appellatione interposita et prosecuta,** sententiam pro matrimonii nullitate ~~in primo iudicii gradu~~ latam suo decreto continenter confirmare aut ad ordinarium examen novi gradus admittere **(cf. can. 1680, § 2**); […].	**Art. 45** – It is for a collegial tribunal: […] [delete 3°] 4° to make a judgment about a recourse against the decree of the Judicial Vicar by which the formula of the doubt or doubts is established (cf. art. 135, § 4); […] 11° at the level of appeal, according to the norm of art. 265 §§ 2-6, after an appeal has been introduced and prosecuted, to confirm immediately a sentence issued in favor of nullity of marriage or to admit [the cause] to an ordinary examination of the new level (cf. can. 1680, § 2); […].
Art. 52 – Assessor**es**, qui iudici unico ad normam art. 30, § 3, consulen**tes** ascisc**untur**, seliga**n**tur ex clericis vel laicis **probatae vitae, peritis in scientiis iuridicis vel humanis,** a Moderatore tribunalis ad hoc munus approbatis (cf. can**n**. 1424**; 1673, § 4**).	**Art. 52** – Assessors, who are employed as consultants to a single judge according to the norm of art. 30, § 3, are to be selected from among clerics or laypeople of upright life, with expertise in juridical or human knowledge, and approved by the Moderator of the tribunal for this function (cf. cann. 1424; 1673, § 4).
Art. 65 – § 1. Iudex, antequam causam acceptet ~~et quoties cumque spem boni exitus perspicit, pastoralia media~~	**Art. 65** – § 1. Before accepting a cause, the judge must verify that the marriage has irreparably failed, such that the conjugal

~~adhibeat, ut coniuges, si fieri potest, ad matrimonium forte convalidandum et ad coniugalem convictum restaurandum inducantur (can. 1676)~~**, certior fieri debet matrimonium irreparabiliter pessum ivisse, ita ut coniugalis convictus restitui nequeat (can. 1675**). § 2. ~~Quod si hoc fieri nequit~~ **In quo casu**, iudex coniuges hortetur....	common life cannot be restored (can. 1675). § 2. In this case, the judge is to exhort the spouses ....
Art. 118 – ~~§ 1.~~ Libello exhibito, Vicarius iudicialis quam primum suo decreto ~~tribunal~~ **defensorem vinculi et notarium** constituere debet ~~ad normam artt. 48-49. § 2.~~ **ac n**omina ~~iudicum et defensoris vinculi~~ **eorum et suiipsius** debent statim actori **et, si libellus ab utraque parte subscriptus fuerit, parti conventae** notificari (**cf. can. 1676, § 1**).	**Art. 118** – Once a *libellus* has been presented, the Judicial Vicar must as soon as possible by his decree appoint a defender of the bond and a notary and immediately communicate their names and his own to the petitioner and, if the *libellus* was signed by both parties, to the respondent (cf. can. 1676, § 1).
Art. 119 – § 1. ~~Praeses~~**Vicarius iudicialis**, postquam viderit et rem esse competentiae sui tribunalis et actori legitimam personam standi in iudicio non deesse, debet suo decreto quam primum libellum aut admittere aut reicere (cf. can**n**. 1505, § 1; **1676, § 1**). § 2. ~~Praeses~~**Vicarius iudicialis** opportune antea defensorem vinculi audiat.[102]	**Art. 119** – § 1. After he has seen that the matter is within the competence of his tribunal and that the petitioner does not lack legitimate personal standing in the trial, the Judicial Vicar must by his decree as soon as possible either admit or reject the *libellus* (cf. cann. 1505, § 1; 1676, § 1). § 2. Beforehand, it is opportune for the Judicial Vicar to hear the defender of the bond.
Art. 124 – § 1. Adversus libelli reiectionem integrum semper est parti intra tempus utile decem dierum recursum rationibus suffultum interponere ~~ad collegium, si libellus reiectus fuerit a praeside; secus~~ ad tribunal appellationis**;** ~~utroque~~**quo** in casu quaestio reiectionis expeditissime definienda est (cf. can. 1505, § 4). § 2. Si forum appellationis libellum admittat, causa iudicanda est a tribunali a quo. ~~§ 3. Si recursus interpositus est ad collegium, non potest iterum interponi ad tribunal appellationis.~~	**Art. 124** – § 1. The party always has a right, within the useful time period of ten days, to introduce a recourse supported by arguments against the rejection of the *libellus* to the tribunal of appeal; in such a case, the question of the rejection is to be decided expeditiously (cf. can. 1505, § 4). § 2. If the forum of appeal should admit the *libellus*, the cause is to be judged by the tribunal *a quo*.

[102] This norm is presented by way of illustration. *Vide supra* 2.2.1, at *(c)* on the textual implications of the reservation to the judicial vicar of the introductory stage of the ordinary process.

Art. 127 – §1. ~~Praeses vel ponens~~ **Vicarius iudicialis** curam habeat ut decretum citationis in iudicium**, ad calcem ipsius libelli appositum,** statim parti conventae notificetur et simul parti actrici et defensori vinculi notum fiat (cf. cann. 1508, §1; 167**6**, §1). […] §4. Una cum decreto citationis parti conventae notificanda sunt nomina ~~iudicum et~~ defensoris vinculi **et notarii**.	**Art. 127** – §1. The Judicial Vicar is to take care that the decree of citation to trial, appended to the bottom of the same *libellus*, is immediately communicated to the respondent and is at the same time made known to the petitioner and the defender of the bond (cf. cann. cann. 1508, §1; 1676, §1). […] §4. The names of the defender of the bond and of the notary are to be communicated to the respondent together with the decree of citation.
Art. 135 – §1. Transacto termino quindecim dierum a notificatione decreti citationis, ~~praeses vel ponens~~**Vicarius iudicialis**, ~~nisi alterutra pars vel defensor vinculi sessionem ad formulam dubii statuendam petierit, intra decem dies~~ **altera parte, si et quatenus, iterum monita ad suam mentem ostendendam,** ex partium petitionibus et responsionibus formulam dubii vel dubiorum decreto suo ex officio statuat**.** ~~(cf. can. 1677, §2).~~ **In eodem decreto decernat utrum causa processu ordinario an processu breviore ad mentem cann. 1683-1687 pertractanda sit. Si causa ordinario processu tractanda est, Vicarius iudicialis, eodem decreto, constitutionem iudicum collegii vel iudicis unici cum duobus assessoribus iuxta can. 1673, §4 disponat (can. 1676, §§2-3).**	**Art. 135** – §1. Once the time limit of fifteen days has passed from the notification of the decree of citation, the Judicial Vicar, if necessary, having again invited the other party to make his mind known, is to state by his decree *ex officio* the formula of the doubt or doubts based on the parties' petitions and responses. In the same decree he is to decide whether the cause is to be treated with the ordinary process or the abbreviated process according to the method of cann. 1683-1687. If the cause is to be treated with the ordinary process, the Judicial Vicar is in the same decree to arrange for the constitution of a college of judges or of a single judge with two assessors according to can. 1673, §4 (can. 1676, §§2-3).
Art. 153 – §1. Si in instructione causae dubium valde probabile emerserit de matrimonii inconsummatione, ~~ex partium consensu atque alterutrius vel utriusque coniugis petitione~~ tribunal potest, **auditis partibus,** decreto causam suspendere et processum de matrimonio rato et non consummato instituere (cf. can. ~~1681~~ **1678, §4**). §2. Quo in casu, tribunal instructionem compleat pro dispensatione super rato (cf. cann. ~~1681~~ **1678, §4**; 1702-1704). §3. Completa instructione, acta transmittat ad Sedem Apostolicam una cum	**Art. 153** – §1. If in the instruction of a cause a highly probable doubt should emerge about the non-consummation of marriage, the tribunal, having heard the parties, can suspend the cause by decree and initiate a process concerning a ratified and non-consummated marriage (cf. can. 1678, §4). §2. In which case, the tribunal is to complete the instruction for a dispensation *super rato* (cf. cann. 1678, §4; 1702-1704). §3. Once the instruction has been completed, it is to transmit the acts to the

petitione dispensationis **ab alterutro vel utroque coniuge** et cum defensoris vinculi animadversionibus ac voto tribunalis et Episcopi (cf. can. ~~1681~~ **1678, §4**). ~~§4. Quod si alterutra pars consensum de quo in §1 dare renuerit, moneatur de iuridicis suae recusationis consectariis.~~	Apostolic See together with the dispensation petition from either or both spouses, also with the observations of the defender of the bond and the *votum* of the tribunal and of the Bishop (cf. can. 1678 §4).
Art. 180 – ~~§1.~~ Confessio~~nes~~ **iudicialis** et ~~aliae~~ partium declarationes ~~iudiciales~~**, testibus forte de ipsarum partium credibilitate sustentae,** vim ~~probandi~~**plenae probationis** habere possunt, a iudice aestimandam**,** ~~una cum ceteris causae adiunctis~~ **perpensis omnibus indiciis et adminiculis**, ~~at vis plenae probationis ipsis tribui nequit,~~ nisi alia accedant elementa ~~probatoria~~ quae eas ~~omnino corroborant~~ **infirment** (can. ~~1536, §2~~ **1678, §1**). ~~§2. Nisi probationes aliunde plenae habeantur, iudex ad partium depositiones aestimandas testes de ipsarum partium credibilitate, si fieri potest, adhibeat, praeter alia indicia et adminicula (cf. can. 1679).~~	**Art. 180** – A judicial confession and the parties' declarations, perhaps supported by witnesses to the same parties' credibility, can have the force of full proof to be evaluated by the judge, having weighed all the indications and aids, unless there are other elements which undermine them (can. 1678, §1).
Art. 202 – **Depositio u**nius testis ~~depositio~~ plenam fidem facere ~~non~~ potest, ~~ni~~si agatur de teste qualificato qui deponat de rebus ex officio gestis, aut rerum et personarum adiuncta ~~aliud~~ **id** suadeant (can. ~~1573~~ **1678, §2**).	**Art. 202** – The deposition of one witness can merit full trust, if it concerns a qualified witness who testifies to matters carried out *ex officio* or the circumstances of events and persons suggest it (can. 1678, §2).
Art. 253 – […] §5. Addantur insuper notitiae num sententia statim exsecutioni mandari valeat et de modo quo impugnari possit ~~necnon, si casus ferat, de transmissione causae ex officio ad tribunal appellationis~~ (cf. can~~n~~. 1614~~; 1682, §1~~).	**Art. 253** – […] §5. Notations are also to be added about whether the sentence can be sent immediately for execution and about the manner in which it can be challenged (cf. can. 1614).
Art. 265 – §1. Si sententia pro matrimonii nullitate prolata ~~sit in primo iudicii gradu~~ **legitime appellatur**, tribunal appellationis, perpensis animadversionibus defensoris vinculi eiusdem fori appellationis et, si quae sint, etiam partium, suo decreto vel decisionem continenter confirmet**, si appellatio mere dilatoria evidenter appareat,** vel ad ordinarium examen novi gradus causam admittat (cf. can. 168**0**, §2).	**Art. 265** – §1. If a sentence issued in favor of nullity of marriage is legitimately appealed, the tribunal of appeal, having weighed the observations of the defender of the bond of same form of appeal and, if there are any, also of the parties, is by its decree either to confirm the decision immediately if it is evidently apparent that the appeal is merely dilatory, or to admit the cause to an ordinary examination at the new level (cf. can. 1680, §2).

Art. 295 – Recepta petitione ad normam artt. 114-117 proposita, **Episcopus dioecesanus vel** Vicarius iudicialis vel iudex ~~ab ipso~~ designatus potest	**Art. 295** – Having received the petition proposed according to the norm of artt. 114-117, the Diocesan Bishop or the Judicial Vicar or the designated judge can ....
Art. 296 – § 1. **Episcopus dioecesanus et** ~~Competens~~ Vicarius iudicialis **competentes** determina**n**tur ad normam art. 10 (***RP* art. 21**). § 2. **Episcopus dioecesanus vel** Vicarius iudicialis vel iudex designatus imprimis videat	**Art. 296** – § 1. The competent Diocesan Bishop and Judicial Vicar are determined according to the norm of art. 10 (*RP* art. 21). § 2. The Diocesan Bishop or the Judicial Vicar or the designated judge is especially to make a judgment....
Art. 301 – § 1. Postquam sententia, quae matrimonii nullitatem ~~primum~~ declaraverit, **facta est exsecutiva** ~~in gradu appellationis confirmata est vel decreto vel altera sententia~~, ii, quorum matrimonium declaratum est nullum, possunt novas nuptias contrahere ~~statim ac decretum vel altera sententia ipsis notificata est~~, nisi vetito ipsi sententiae ~~aut decreto~~ apposito vel ab Ordinario loci statuto id prohibeatur, firmo art. 294 (cf. can. 168**2**, § 1).	**Art. 301** – § 1. After the sentence which has declared nullity of marriage becomes executable, those whose marriage was declared null can contract a new marriage, unless it is forbidden by a prohibition added to the sentence itself or established by the local Ordinary (cf. can. 1682, § 1).

2.2.3 — *Minor derogations of cross-references*

Finally, in more than forty places independent of the reformed norms displayed in 2.2.2 *supra*, some adjustment is needed to the norm to be cross-referenced in *DC*. These norms are either the reformed canons of the *CIC* falling within the range 1671-1691 or articles of *RP*.

- in art. 3 § 1, "can. 1671**, § 1**"
- in art. 3 § 3, "can. 167*1***, § 2**"
- in art. 6, "can. 169**1, § 2**"
- in art. 17, "cf. cann. 1438-1439; …; 168**0, § 4**
- in art. 22 § 1, "can**n**. 1419, § 1**; 1673, § 1**"
- in art. 22 § 3, "**(can. 1673, § 2)**"
- in art. 25, 1°, "cf. can**n**. 1438, n. 1**; 1673, § 6**"
- in art. 30 § 1, "salvis artt. 295, 299 **et can. 1687, §§ 1 et 3** (cf. can**n**. 1425, § 1**; 1673, § 3**)."
- in art. 30 § 4, "cf. cann. 1441; 1622, n. 1**; 1673, § 5**"
- in art. 33, 1°, "**(cf. *RP* art. 8, § 1)**"
- in art. 46 § 1, "can**n**. 1426, § 1**; 1673, § 3**"

- in art. 92, the references to canon 1674 now should have a "§1" before "n. 1" and "n. 2"
- in art. 93, "cf. can. 167**4, §2**"
- in art. 94, "cf. can. 167**4, §3**"
- in art. 115 §2, "cf. can. 1503**; *RP* art. 10**"
- in art. 126 §1, "cf. cann. 1507, §1; 167**6**, §**1**"
- in art. 127 §1, "cf. cann. 1508, §1; 167**6**, §1"
- in art. 135 §3, "**(can. 1676, §5)**""
- in art. 137, "**(cf. can. 1516)**"
- in art. 143, 1º, "**(*RP* art. 9)**"
- in art. 143, 2º, "cf. cann. 1518; 167**4**, §**3**"
- in art. 159, the references to canon 1678 §1 and §2 are now to canon 1677 §1 and §2
- in art. 203, the references to canon 1680 are now to canon 1678 §3
- in art. 247 §2, "**(*RP* art. 12)**"
- in art. 252, "can. 16**91, §1**"
- in art. 258 §3, "**(*RP* art. 13)**"
- in art. 263 §1, "**(can. 1673, §5)**"
- in art. 267 §1, "cf. can**n**. 1640**; 1680, §3**"
- in art. 268 §1, "cf. can. 168**0, §4**"
- in art. 276 §1, "cf. can**n**. 1626, §1**; 1680 §1**"
- in art. 279, "cf. can**n**. 1628**; 1680, §1**"
- in art. 290 §1, "cf. can**n**. 1644, §1**; 1681**"
- in art. 290 §2, the reference to the original canon 1684 §2 should be deleted, but the norm itself remains in force, even though it has been eliminated from the *CIC*.
- in art. 295, "cf. can. 168**8**"
- in art. 298, the references to canon 1687 are changed to canon 1689
- in art. 299, "cf. can. 16**90**"
- in art. 300 §1, "cf. can. 168**2 §2**"
- in art. 303 §1, 2º, "**(cf. *RP* art. 7, §2)**"

3 — *The Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*

Among the competencies of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura is that ensemble of acts and operations within its *sectio tertia*, which serves as a kind of ministry or department of justice for the Church. That department stands as the central public administration over ecclesiastical tribunals, exercising vigilance over the correct administration of justice, and can issue provisions for them and discipline them. The areas of competence

residing in this section of the Signatura are listed in these terms in art. 35 of the *Lex propria*.

> The Apostolic Signatura also has responsibility to exercise vigilance over the correct administration of justice, and especially: 1º if it is necessary, to correct ministers of tribunals, advocates, and procurators; 2º to handle petitions presented to the Apostolic See to obtain the commission of a cause to the Roman Rota, a dispensation from procedural laws, not excluding the Eastern Churches, or another favor related to the administration of justice; 3º to extend the competence of lower tribunals; 4º to grant the approval of an appellate tribunal when this is reserved to the Holy See; 5º to promote and approve the erection of interdiocesan tribunals; 6º to make a judgement about those matters which are assigned to the Apostolic Signatura by conventions between the Holy See and sovereign states.[103]

Consequently, it can issue administrative norms, by which it explains the manner in which the law is to be implemented (cf. cc. 31-34), and it can place any singular administrative acts in execution of its competence: singular decrees that make a decision (e.g., the suppression of an interdiocesan tribunal), singular precepts (e.g., the correction of a judicial vicar), singular decrees that make a provision (e.g., the grant of a pontifical commission or extension of competence), and rescripts (e.g., dispensation from the degree requirement). General administrative norms interpret the legislation by explaining its meaning and the methods to be observed in complying with it. And singular administrative acts are interpretations of the law, even if they only bind those for whom they are issued (cc. 16 §3; 36 §2).

Accordingly, the activity of the Signatura's third section subsequent to the publication of *MIDI* and *MMI* may be quite illuminating for the Church to attain a better understanding of the law and the method of its observance. Administrative dispositions received by individual bishop moderators and tribunals from the Signatura largely remain hidden in chancery and tribunal archives. However, some general norms have been issued and published, and some singular administrative acts have found their way into print or onto the internet. Those I have been able to discover are identified and analyzed here.

3.1 — Circular Letters and General Direction

After the function of vigilance over the correct administration of justice was transferred to the Signatura just over fifty years ago,[104] the dicastery

[103] See Benedict XVI, mp *Antiqua ordinatione*, 21 June 2008, in *AAS*, 100 (2008), 513-538; *The Jurist* 75 (2015) 619-657, at 634 and 635 (= *LP*).

[104] Cf. Paul VI, Apostolic Constitution *Regimini Ecclesiae universae*, 15 August 1967, in *AAS*, 59 (1967), 885-928, at 921, no. 105.

issued the circular letter *Inter cetera* regulating the manner in which tribunals were to annually report information about their state and activity.[105] In 2016, a new circular letter, *Inter munera*, was issued on the same matter.[106] As is expressed in its preamble, this one updated the previous norms in light of the extensive normative developments since that time (*CIC*, *PB*, *DC*, *LP*), especially *MIDI*, and in light of the Signatura's own administrative praxis in the matter of vigilance over the correct administration of justice.

Socially speaking, it would seem also to have had the effect of confirming the competence of the Signatura in the immediate post-*MIDI* period. For, as is discussed throughout these pages, there have been a number of provisions or assertions that imply the obsolescence of the third section of the Signatura, at least in regard to the need for an extension of competence and the approval of interdiocesan tribunals. This was preceded by the puzzling minimization of the Signatura's influence on the reform, given the absence especially of its prefect, secretary, and promoter of justice from the draft commission—all highly expert in matrimonial procedural law and endowed with a most elevated responsibility in the matter—and followed by rumors in the media about the possible merger of the apostolic tribunals, leaving the Signatura's very existence in question.[107] This circular letter thus reminded the tribunals of the Church of the Signatura's enduring role, in continuity with "a history and an experience that spans almost a millennium" of there being "a supreme organ which, distinct from the ordinary tribunals, is entrusted with resolving" requests pertaining to the correct administration of justice.[108]

The circular letter *Inter munera*, in section I, takes up Pope Francis' emphasis on the central role of the bishop by explaining how its own service to the universal Church resides within the bond that exists between the Petrine function and the college of bishops, who individually exercise and provide for the administration of justice in the particular Churches. The Signatura is the "representative of the solicitude of the Supreme Shepherd himself," as it states in section III. The letter includes elements of the reform among the topics about which the judicial vicar may make particular

[105] STAS, Circular Letter *Inter cetera*, Prot. n. 83/69 VT, 28 December 1970, in *AAS*, 63 (1971), 480-486.

[106] STAS, Circular Letter *Inter munera*, Prot. n. 51716/16 VT, 30 July 2016, in *AAS*, 108 (2016), 948-953; *Comm*, 49 (2017), 79-83 (Italian text at 84-89).

[107] See, e.g., https://www.acistampa.com/story/consiglio-dei-cardinali-allo-studio-il-tema-della-diaconia-della-giustizia-4177 (accessed 2 October 2020).

[108] See Dominique MAMBERTI, "'Quam primum, salva iustitia' (c. 1453). Celeridad y justicia en el proceso de nulidad matrimonial renovado," in *Ius Communionis*, 4 (2016), 199 (= MAMBERTI, "Quam primum, salva iustitia"), where the Prefect discusses the faculty of the Signatura to dispense from procedural laws when necessary.

observations, namely, the prior or pastoral investigation (cf. *RP* artt. 2-5),[109] the norms on expenses which may be revisited in many places following the reform (f.c. VI), and the formation of ministers of justice and those who assist them (c. 1673 §4; *RP* art. 3). It also underscores the new section of the report indicating the number of sentences by which the bishop declares nullity of marriage by means of the abbreviated process.

The Signatura is critically important as a complement to the reform enacted by *MIDI*, as some aspects of the motu proprio introduce modifications resulting in less supervision over the activity of individual tribunals. For example, a tribunal's unchallenged affirmative sentences may be executed without any superior examination of the cause (cf. c. 1679; f.c. I). This highly limits the hierarchical intervention of the local appellate tribunal and the Rota, and it places much burden on the defender of the bond in diligently deciding in the case of each affirmative sentence whether the sentence is "insufficiently founded," thus obliging him to appeal (*DC* art. 279 §2). Additionally, the use of single clerical judges for most causes is no longer within the competence of the conference of bishops but may be authorized by the purely local authority of the bishop moderator (cf. cc. 1425 §4; 1673 §4; f.c. II). This can reinforce or give rise to the illegitimate use of single judges which, when taken together with the derogation of the requirement of a double conformity of sentences and the possible timidity of defenders of the bond to appeal, reduces the judgment about matrimonial nullity to one decision of a single man. Furthermore, the instruction and deliberation of causes treated via the abbreviated matrimonial process before the bishop demand the involvement of only one canonist: the defender of the bond. This brings with it the risk of causes being decided without correct jurisprudence even in places where a strong jurisprudence may otherwise be operative.

For these reasons, among others, one can easily understand why "[it] is the position of the Apostolic Signatura that the new procedural norms for the handling of marriage nullity cases will require even more diligence and greater responsibility on the part of all tribunal ministers, but especially on the part of defenders of the bond ...."[110] The norm of law itself ought to be

[109] It slightly modifies the terminology to describe this moment prior to the trial: whereas *MIDI* calls it an *investigatio praeiudicialis seu pastoralis* (*RP* art. 2), the letter calls it an *investigatio praevia seu pastoralis*. This adjustment is felicitous, since the pastoral encounter at the diocesan or parish level, perhaps even with a potential canonical advocate, is informative and consultative and not an essential component of a trial. Moreover, the designation "prejudicial" can refer to a question being treated *in limine iudicii*, or can even connote "prejudice," which it certainly does not in this context.

[110] STAS, Letter, Prot. n. 1077/16, 12 February 2016, in *RR 2016*, 12.

observed diligently, with a careful attentiveness to *Dignitas connubii* and the consistent judicial praxis of the Church. Ministers of justice are also in need of some means for coming to know the praxis and jurisprudence of the Signatura, as well as that of the Rota in questions *de ritu*, in several areas newly regulated by *MIDI*.[111]

In another circular letter, issued on 30 January 2016 and directed to the tribunals of Italy, the Signatura updated the procedure for requesting from the Signatura a decree of executability (for civil effects) of an affirmative sentence issued by way of the ordinary and abbreviated processes (which would also apply to the documentary process, though *MIDI* presents nothing new in that regard). Beyond Italy, this circular letter reinforces the discipline to be observed in all tribunals of the Church in regard to the executability of a single, unappealed affirmative sentence. Before such a sentence can be executed, (1) there has to be proof of publication of the sentence to the parties, including the defender of the bond (c. 1615). (2) The time limits for appealing are to pass "without any of the parties or even the defender of the bond having introduced the appeal before the Tribunal that issued the sentence and, if they did, without the appeal having been prosecuted before the superior Tribunal" (cf. cc. 1630, 1633). (3) Only then can the judicial vicar issue the decree of execution (cc. 1651; 1682 §2).[112]

3.2 — Particular Cases

Among those in print, the Signatura's particular interventions revolve mainly around the matter of interdiocesan tribunals and the correct manner of carrying out the abbreviated matrimonial process before the bishop. The case of the 22 December 2015 *votum periti* approved and sent by the Signatura—which also had a certain kind of generality since it applied to all Italy—was addressed above.[113] Let us take note of some others.

3.2.1 — *The erection of tribunals*

As was noted above, *MIDI* in no way suppressed the institution of the interdiocesan tribunal but rather promoted the involvement of the diocesan bishop in the administration of justice, as an expression of his pastoral care for the faithful seeking the ministry of the tribunal. This aspect of the reform

[111] Cf. Bianchi, "Commento," 226.
[112] Cf. STAS, Circular Letter, Prot. n. 51324/16, 30 January 2016, in *IE*, 28 (2016), 735-736.
[113] *Vide supra* section 1.

seems to have resulted in some hasty and ill-advised attempts in particular Churches to dissolve interdiocesan tribunals and to erect diocesan tribunals. While the latter are thought to give the faithful more convenient access to the Church's tribunals, this does not occur when a diocesan curia is not yet equipped to operate a tribunal, especially because of lack of adequate ministers of justice. While perhaps well-meaning, such a practice, to quote the Signatura, "contradicts in an evident and irrational way the will of the Supreme Pontiff,"[114] since it prevents the faithful from having access to a functioning tribunal (the interdiocesan) by replacing it with a non-functioning one (the diocesan). A decree of erection of a diocesan tribunal amounts to a legal fiction if the tribunal is not able to be staffed with a duly prepared judicial vicar, who is truly free to do the work of judging, a defender of the bond and a promoter of justice (but see c. 1436 § 1), and a notary.

Also in relation to tribunal structures is the Signatura's direction of the restoration of judicial-hierarchical relations within an ecclesiastical province. In particular, it decreed the restoration of the ordering of tribunals described in canon 1438, 1°, also designating another metropolitan tribunal as the appellate tribunal of the province's metropolitan tribunal (cf. c. 1438, 2°; *LP* art. 35, 4°).[115] This brings to realization in some places *MIDI*'s aspiration that the metropolitan tribunal would be the local appellate tribunal (c. 1673 § 6; f.c. V), instead of another suffragan tribunal or an interdiocesan appellate tribunal.

3.2.2 — *The abbreviated matrimonial process before the bishop*

There is one striking substantive norm in *MIDI* that has gained much attention among canonists: art. 14 § 1 of the *RP*, which offers a list of circumstances that could justify use of the abbreviated process. What is clear in canonical doctrine is that this list introduces no new headings of nullity of marriage. Therefore, the Signatura has swiftly intervened when local

[114] See STAS, Letter, 22 April 2016, prot. n. 2355/16 SAT, cited in MONTINI, "Competenza e prossimità," 39, note 17. Along these lines, we read: "Cette pression pour que les évêques créent chacun un tribunal diocésain au plus tôt ne semble pas prudente ni réaliste, car il ne suffit pas de créer un tribunal, il fait pouvoir en activité en veillant au renouvellement du personnel" (TOXÉ, "La réforme," 98, note 16). Incisively does the same author explain (ibid., 126) that the principle of proximity is not achieved by multiplying tribunals, since the college of judges being located 300 meters or 3,000 kilometers away when they deliberate in the judicial session is irrelevant; what matters is the ability of parties and witnesses to be conveniently heard in person by an auditor in the presence of a notary and to be able to meet and be assisted by their advocate in person.

[115] See, e.g., STAS, Decree, Prot. n. 1077/16, 12 February 2016, in *RR 2016*, 13-14.

tribunals have invoked *RP* art. 14 § 1 to justify supposedly new grounds of nullity.[116] In this way, it exercised its vigilance over the use of correct jurisprudence (cf. *LP* art. 111 § 1).

The Signatura has had several opportunities to address some doubtful points related to the use of this exceptional marriage nullity process. Among its interventions in print, one has to do with the competent judge, and others concern the manner of proceeding.

Prior to Pope Francis' 25 November 2017 discourse, during the *vacatio legis* following the publication of *MIDI*, the Signatura tried to contribute to the correct interpretation of the law on the proper judge in the abbreviated matrimonial process before the bishop. It declared that such causes "are excluded from the power of the diocesan Administrator neither by the nature of the matter nor by the law itself." It would only be necessary to respect the principle *sede vacante, nihil innovetur*.[117] However, Pope Francis later insisted upon the episcopal character of the judge and his headship over a particular Church as one equivalent in law to a diocesan bishop.

The Signatura offers an excellent teaching on the manner of proceeding on the occasion of an appeal against an affirmative sentence issued at the end of the abbreviated process. This question is merited since the legislation makes no explicit provisions for the procedure to be observed on the part of the bishop *ad quem* (cf. c. 1687 § 4), in contrast with the norm of canon 1680 § 2 on the part of the appellate tribunal *ad quod* after an appeal in the ordinary process. While the latter involves the prior hearing of the parties, especially the defender of the bond, the former expresses no manner of proceeding.[118] When asked about this matter, the Signatura declared in favor of the application of the simplified appellate procedure of the ordinary process to the initial appellate procedure of the abbreviated process. Thus, before the bishop *ad quem* (or the Dean of the Rota) should decide whether to reject an appeal or to admit the cause to the ordinary process, he is first to hear the defender of the bond and the spouses.[119]

[116] Cf., e.g., STAS, 14 June 2016, Letter, Prot. n. 2297/17 SAT, cited in Gianpaolo MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II/2. Pars dynamica addenda post Litteras Apostolicas motu proprio datas "Mitis Iudex Dominus Iesus,"* Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2018, 122, note 27.

[117] See STAS, Response, Prot. n. 50934/15 VT, 12 October 2015, quoted in MONTINI, "Competenza e prossimità," 45, note 29.

[118] "Can. 1687 […] § 4. Si appellatio mere dilatoria evidenter appareat, Metropolita vel Episcopus de quo in § 3, vel Decanus Rotae Romanae, *eam a limine decreto suo reiciat*; si autem admissa fuerit, causa ad ordinarium tramitem in altero gradu remittatur" (emphasis added).

[119] "Ut Metropolita vel Episcopus de quo in can. 1687, § 3 appellationem reicere possit utpote evidenter mere dilatoriam, applicare debet, congrua congruis referendo, proceduram de qua in

Since the diocesan bishop is the sole judge in the abbreviated process, even if ordinary trials under his competence are entrusted to an interdiocesan tribunal, one might assume that the assistance of the latter is not needed in regard to the abbreviated process. For, even in the abbreviated process, it is the judicial vicar who admits the *libellus*, cites the parties, determines the formulation of the doubt, and determines that the abbreviated process is to be used (cc. 1676 §§ 1-2, 4; 1685; *RP* art. 15).[120] Moreover, if the interdiocesan tribunal is competent only for matrimonial causes (cf. c. 1423 § 2), the bishop has a diocesan judicial vicar. However, the diocesan judicial vicar is incompetent *ratione materiae* to admit causes concerning nullity of marriage, that material competence being reserved in that locale to the interdiocesan tribunal. For these reasons, in a letter from April 2017,[121] the Signatura teaches:

> the introductory *libellus* of each cause of nullity of marriage is to be presented to the [interdiocesan][122] Tribunal .... It will therefore be for the judicial vicar of the same [interdiocesan] Tribunal, after having attentively examined and accepted the *libellus*, to transmit the cause to the competent diocesan Bishop—who is attached to the aforementioned Tribunal …—for the eventual treatment in the form of the *processus brevior* according to the norm of canon 1687 §§ 1-2 (MIDI).

The bishop's curia carries out the instruction and gathers arguments. Then, after making his decision, the bishop informs the judicial vicar of the interdiocesan tribunal for its records. If any of the faithful should directly approach the bishop's curia accusing their marriage of nullity and even requesting the abbreviated process, the petitions are to be sent to the interdiocesan tribunal so that this manner of proceeding may be carried out. This approach provides good order for all causes by respecting the material

can. 1680, § 2" (STAS, *Votum periti*, Prot. n. 51116/15 VT, 12 November 2015, cited in Gianpaolo Montini, "'Si appellatio mere dilatoria evidenter appareat' (cann. 1680 § 2 e 1687 § 4 *MIDI*): alcune considerazioni," in *Per*, 105 [2016], 690; = Montini, "Si appellatio").

[120] For this reason, Pope Francis' statement in his discourse of 25 November 2017 that "l'istanza va sempre indirizzata al Vescovo diocesano" (*AAS*, 109 [2017], 1315, no. 5) has to be understood in terms of the petition itself, not the authority designated to admit the *libellus*.

[121] Cf. STAS, Letter, Prot. n. 4501/17 SAT, 24 April 2017, at https://www.tribunaleecclesiasticopiemontese.it/uploads/public/188_lettera-della-segnatura-apostolica-24-aprile-2017.pdf (accessed 30 September 2020). The Signatura had addressed the matter in the same way in its letter of 10 November 2015, with a *Votum periti* (Prot. n. 51117/15 VT): see Sabbarese, "Il processo più breve," 52, who highlights the contrasting response of the Pontifical Council for Legislative Texts of 18 November 2015 (Prot. n. 15201/2015). For the latter, *vide supra* section 2.1.3.

[122] This bracketed word is substituted for "regional" to offer a more generally useful teaching.

competence of each tribunal and the right of the faithful to a more expeditious handling of their causes, especially by avoiding confusion about the competent forum and the need for any kind of coordination between the two judicial vicars in particular cases.

3.2.3 — *Extensions of competence*

One seeming novelty introduced by *MIDI* would have had implications for the competence of the Signatura according to a certain interpretation. However, that interpretation must be corrected. It concerns the reference in the new canon 1673 § 2 to the *tribunal vicinius*. The norm reads: "A bishop is to establish for his diocese a diocesan tribunal for causes of nullity of marriage, without prejudice to the same Bishop's ability to approach another diocesan or interdiocesan tribunal nearby."[123] The reference to the bishop's ability (*facultas*) to approach a neighboring tribunal suggests to some commentators an innate, personal and autonomous right, with the consent of the tribunal *ad quod*. In other words, no longer would it be necessary for a bishop, who could not constitute a tribunal habitually or in an individual case, to ask the Signatura for an extension of competence so that the neighboring tribunal could handle and judge the cause. Rather, there might be a kind of delegation on the part of the bishop.[124]

However, in no way does the new norm modify the discipline on the extension of competence, which is regulated in not a few norms outside *MIDI*, which are not derogated (c. 1445 § 3, 2º; *PB* art. 124, 3º; *LP* artt. 35, 3º and 115 § 1). Therefore, the silence of the legislator in regard to the extension of competence is only logically understood to be indicative of a dependence on the consistent and firm discipline of the Church in the matter (cf. c. 21). In fact, the norm of canon 1673 § 2 does not pretend to be *granting* some faculty to the bishop who cannot constitute a tribunal but is

[123] "Episcopus pro sua dioecesi tribunal dioecesanum constituat pro causis nullitatis matrimonii, salva facultate ipsius Episcopi accedendi ad aliud dioecesanum vel interdioecesanum vicinius tribunal."

[124] See, e.g., Morán Bustos, "Retos," 26, no. 5, who, at 27, also acknowledges that this is in tension with the principle of proximity and the insistence that bishops constitute their own tribunal; Peña García, "La reforma," 643, no. 4.2.1, who finds it a "curious" divergence from the praxis of the Signatura; Idem, "Agilización," 52; Cortés Diéguez, "La reforma," 16; Beal, "*Mitis Iudex*," 479-480; Daniel "An Analysis," 462.
Manuel Jesús Arroba Conde offers a reading of the norm in concert with the consistent praxis of the Signatura (cf. his "Aspectos pastorales," 90) and acknowleges the silence of c. 1673 § 2 about any prior authorization though insists that it be informed, at least after the fact (cf. his "Il M.P. *Mitis Iudex*," 21-22, note 47).

referring to an already existing praxis, which is articulated in the underogated art. 24 § 1 of *DC*: "If it is entirely impossible for a diocesan or interdiocesan tribunal to be constituted, the diocesan bishop is to request from the Apostolic Signatura an extension of competence for a nearby tribunal, with the consent of the latter tribunal's bishop moderator."[125]

The obligation of a diocesan bishop who cannot constitute his own tribunal or join an interdiocesan tribunal to request from the Signatura the extension of his competence to another tribunal remains in force. Entrusting a cause to a neighboring bishop is not a matter of mere practical collaboration or some kind of administrative authorization but is a conferral of competence on a tribunal that is relatively incompetent, being the place neither of the celebration of the marriage, nor of the (quasi-)domicile of either of the spouses, nor of the majority of the proofs (c. 1672). The neighboring tribunal is relatively incompetent over the cause (cf. c. 1407 § 2). While a bishop can delegate his judicial power, competence is established by the universal law (cf. cc. 1407 § 1; 87 § 1); it is thus something reserved to the supreme legislator. One bishop cannot give another bishop jurisdiction over his own territory, the care of which is entrusted to him by the Supreme Pontiff: "Ecclesiologically, there is a certain problem with supposing that one bishop or a grouping of bishops could judge the causes of another bishop (a sort of *iurisdictio extra territorium*) without the explicit support of primatial authority." The Signatura's intervention is needed "to avoid practices of sharing jurisdiction by 'pact'," resulting in "a kind of privatization or undue self-management of ecclesial justice."[126] Rightly, therefore, has the Prefect of the Signatura, subsequent to *MIDI*'s coming into effect, listed among the concessions that dicastery grants "the prorogation of competence … by which, dispensing from the norms on competence, a cause is entrusted to a tribunal that is incompetent … but capable of judging swiftly."[127]

[125] "Quod si tribunal dioecesanum vel interdioecesanum constitui omnino nequeat, Episcopus dioecesanus a Signatura Apostolica prorogationem competentiae pro tribunali vicino, de consensu huius tribunalis Episcopi Moderatoris, petat."

[126] See DEL POZZO, "L'organizzazione," 17-18, including note 58 (which author, however, seems to have changed his eloquently stated view: cf. IDEM, "L'impatto della riforma," 73, *sub* 5.4). The norm of c. 1673 § 2 itself does not accomplish this support of the primatial authority, as is suggested by Carlos Manuel MORÁN BUSTOS in his discussion in "Criteri organizzativi dei tribunali e criteri d'azione degli operatori giuridici dopo la promulgazione del m. p. *Mitis Iudex*," in *Ius et matrimonium II*, 134-136, (b). Each case raises its own jurisdictional questions which the general norm cannot address without eroding the basic concepts of the competent forum, the territoriality of jurisdictional power, and the universal Petrine solicitude over the correct administration of justice. The author's illustrations and somewhat strained nuances reveal the need for the involvement of the Apostolic See in this matter.

[127] See MAMBERTI, "Quam primum, salva iustitia," 200.

4 — *The Tribunal of the Roman Rota*

Shortly after *MIDI*'s *vacatio legis* expired, the Tribunal of the Roman Rota issued a document called the "*Subsidium* for the application of the M.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*." Since the Rota is a tribunal, the basis upon which it issued such a document and the nature of that document have been under discussion within canonical doctrine.[128] As its cover letter from the Dean of the Roman Rota states, "it has been provided by a Superior disposition to prepare an application aid (*Sussidio applicativo*)," which strives to anticipate any difficulties practitioners may have in implementing the reform.[129] It begins with a didactic introduction about the basis for marriage nullity causes in the Church, followed by a discussion of the fundamental criteria stated in the preamble of *MIDI*. It then offers brief chapters and summary points addressing the pastoral investigation to be arranged in each diocese, the diocesan tribunal, the introduction of a cause, the ordinary process, the abbreviated process, and the documentary process. It concludes with some supplementary documents, illustrations, and sample decrees. In sum, it is an explanatory document of a non-normative nature that summarizes the reform and the basic manner of proceeding in marriage nullity trials.

The *Subsidium* seems related to the Rota's more recent efforts to hold formation courses. The *Subsidium*, in fact, identifies the Rota's service to the Church, apart from being an appellate tribunal, in terms of "promoting, as has been done in recent years, courses for the permanent and continued formation of clerical and lay personnel who offer their services to the diocesan Curia and in tribunals for matrimonial causes …."[130] In this regard, the document cites art. 8 § 1 of the *RP* in support, which mentions courses promoted by dioceses, their groupings and "the Apostolic See," without explicit mention of the ordinary apostolic tribunal of appeal.[131] This would seem to be confirmed in the rescript *ex audientia Sanctissimi* of 22 January 2016 signed by the Dean of the Rota which, although it ends with the indication that the

[128] E.g., it has been described as a "document" (DANEELS, "A First Approach," 123, note 10) of "an interpretive, practical character" (RODRÍGUEZ-OCAÑA, "Nueva regulación," 297, at 4º) probably intended "to assist those dioceses that do not have functioning tribunals" (MORRISEY, "The *Motu Proprio*," 12).

[129] DEAN OF THE ROMAN ROTA, Letter, Not. 778, 26 January 2016 (sent to the bishops in the vernacular via email). On the unusual form, character, and content of the *Subsidium*, see BONI, "La recente riforma," 47-51.

[130] *Subsidium*, 11, no. 2.

[131] This is presumed to refer to the Rota by Ernest B.O. OKONKWO in his "I principi ispiratori della riforma e le loro incidenze sui profili attinenti al processo ordinario di nullità matrimoniale," in *Tra rinnovamento e continuità*, 22, no. 2.4.

Pope "has ordered its publication in the *Acta Apostolicae Sedis*," appears only to have been published in the Rota's publication.[132] That disposition also instituted a fund variously described as being "for free legal representation" or "for the gratuitousness of justice." This has led the Dean subsequently to solicit donations to the Rota from particular Churches so that it will not have to charge the faithful who request its ministry of justice.

Obviously most important of all, however, is the fruit of the Rota's primary, judicial activity, since it is an apostolic tribunal which receives appeals in marriage nullity causes, being competent even at the second level of jurisdiction (f.c. VII; cc. 1443, 1444 § 1; *PB* artt. 126 § 1, 128; *DC* artt. 27, 257 § 2, 283 §§ 2-4). The way that it assists the Church is by means of its administration of justice, in which it both decides causes with vicarious papal judicial power and elaborates over time a consolidated jurisprudence. In regard to *MIDI*, this is a matter of procedural jurisprudence, according to which the consistently just manner of applying *MIDI* to particular questions is displayed and established.

In these first five years, some Rotal procedural jurisprudence seems to be taking shape. The little that has been published seems to confirm the continuity of the discipline in several areas, such as the nullity of the sentence. Some significant points of jurisprudence that have been published represent a sure key to understanding the expression "appellatio mere dilatoria" in the new canon 1680 § 2. About this matter, we read this explanation from some decrees *coram* Caberletti, which is in harmony with the solidifying, majority doctrinal position.

> Truly does the purpose for the appeal consist in reforming the sentence. And so, the judgment of the appellate Tribunal must revolve around the sentence issued by the first instance Tribunal, and its force depends upon what has been carried out and proven. Therefore, an appeal must be deemed dilatory if the sentence obtains objective foundation from the acts. However if, despite the fact that the appealing party brings forward his reasons, which can be perhaps slight or only full of smoke, the sentence is deemed by the judges to be devoid of foundation, the cause is to be remitted to an ordinary examination.[133]

[132] DEAN OF THE TRIBUNAL OF THE ROMAN ROTA, Rescript *ex audientia Sanctissimi*, 22 January 2016, in *QSR*, 23 (2016), 47-48. If this is accurate, that rescript appears at the moment to be an un-promulgated draft of papal legislation (cf. c. 7).

[133] See TRIBUNAL OF THE ROMAN ROTA, Decree *c.* CABERLETTI, *Paulopolitana et Minneapolitana*, *Nullitatis matrimonii; Prael.: Nullitatis et Admissionis appellationis / Confirmationis sententiae*, B. 77/2017, 4 July 2017, in *Quaestiones selectae*, 482-483, no. 9. Almost the same text in a decree *coram* the same *ponens* is given from a cause *Reg. Apuli seu Baren.-Bituntina*, *Nullitatis matrimonii; Confirmationis sententiae*, 2 February 2016, n. 2, cited in MONTINI, "Si appellatio," 695-696.

Another Rotal decree confirms the understanding according to which the decree of "rejection" of the appeal is not a rejection of the right to appeal (cf. c. 1631) but the refusal of the superior tribunal to admit the appeal to an ordinary appellate process. When the superior tribunal receives the appeal, ordinarily it:

> is to see to the carrying out of a judicial appeals process. However, according to the just updated law, in causes of nullity of marriage, lest trials be protracted in a completely useless way with harm to souls, it is necessary for the appellate Tribunal first to judge whether 'it is evidently apparent that the appeal is merely dilatory' and is therefore to be rejected as if *in limine* (that is, an appeals process is not to be carried out) and an affirmative sentence of the prior level is to be confirmed (cf. c. 1680 § 2), or whether the appeal is to be admitted and therefore the judicial appeals process is to be carried out (cf. ibid. § 3).[134]

It will be of great importance for ministers of justice to come to learn of other points from the procedural jurisprudence of the Rota. Among these are the question of the probative weight of the declarations of parties (c. 1678 § 1), the new proposition of the cause after a single executed sentence (cf. c. 1681), irregularities in the introductory stages of the process (cf. cc. 1676 §§ 1-2; *RP* art. 15), and many aspects of the abbreviated process, to name a few.

Conclusion

The marriage nullity process is a field of service common to many canonists, and it intimately touches the lives of the faithful who may otherwise have no direct exposure to canon law. The novelty and abruptness of the reform of the norms governing this process have given rise to many questions of interpretation and application, which have multiplied the sources following in the wake of the motu proprios. Understandably, therefore, has canonical doctrine spoken of the reform as being "still in progress"[135]; it "remains somewhat of a work in progress with many as of yet unanswered questions."[136]

[134] See Tribunal of the Roman Rota, Decree *c.* Jaeger, *Paulopolitana et Minneapolitana, Nullitatis matrimonii; Prael.: Nullitatis et Admissionis appellationis / Confirmationis sententiae*, B. 22/2017, 2 March 2017, in *Quaestiones selectae*, 467, no. 7.

[135] See Llobell, "Circa i motivi," 63, no. 9.

[136] Thomas John Paprocki, "Implementation of *Mitis Iudex Dominus Iesus* in the Diocese of Springfield in Illinois," in *Jur*, 75 (2015), 594.

While the Church can always find direction in the objective sense of what is just (*ius*) for solving particular difficulties, the sanctity of marriage and the good order of ecclesiastical society demand clarity in the Church's discipline. It is hoped that the reform will indeed progress in ways suggested above. While the PCLT's individual clarifications are useful for giving direction to tribunals, some authentic interpretations may be needed. It could also consider preparing an updated version of *DC* so that that instruction, which remains so valuable, may be used as a reliable source for ministers of justice, including some regulations pertaining to the prior pastoral investigation and the abbreviated process before the bishop. Finally, it is hoped that many more of the Signatura's more recently issued decrees in the matter of procedural law as well as the *Decreta* of the Roman Rota containing more recent decrees will be published without delay.

Studia canonica 54 | 2020, 457-474
doi: 10.2143/STC.54.2.3289265

COMMUNION IN AN ONLINE MASS?

SACRAMENTAL QUESTIONS IN LIGHT OF THE COVID CRISIS

JUDITH HAHN

SUMMARY — The COVID crisis has reignited an old debate on whether some sacraments can be administered from a distance. Due to lockdowns, the 1980s debate on penance by telephone has resurfaced, as has the question of whether it is possible to receive communion in an online mass. Both issues revolve around how we understand the sacraments and what emphasis we place on physical presence. The pandemic has encouraged us to examine more closely how essential is physicality with regard to sacramentality. Discussing sacramental doctrine and law with regard to validity shows that we are currently dealing with two approaches to sacramentality, one juridical and one liturgical. Depending on which we favour, we might come to a different conclusion on whether online sacraments are a realistic option.

RÉSUMÉ — La crise COVID a ravivé un vieux débat sur la question de savoir si quelques sacrements peuvent être administrés « à distance ». En raison du verrouillage de COVID, le débat des années 1980 sur la pénitence par téléphone a été à nouveau soulevé et aussi la question s'il est possible de recevoir la Sainte Communion lors d'une célébration eucharistique transmise en ligne. Les deux questions conduisent à la façon dont nous comprenons les sacrements et à l'accent que nous mettons sur la présence physique. La crise COVID nous a encouragés à examiner de plus près à quel point la présence physique est essentielle en ce qui concerne la sacramentalité. La discussion de la doctrine sacramentelle et légale de la validité sacramentelle indique que nous avons actuellement deux approches de la sacramentalité, une plus juridique et une plus ritualiste. Selon l'approche que nous privilégions, nous pourrions arriver à une conclusion différente sur la question de savoir si les sacrements en ligne sont une option réaliste.

Introduction

The recent COVID crisis has impacted people around the world. As a truly global phenomenon, it has also touched many Catholics and their religious practice, particularly in their liturgical and sacramental lives. While some of the faithful have come to interpret the crisis as a time to discover new forms of communal praying as constitutive moments for celebrating their faith,[1] others feel deprived of the Eucharist and their regular reception of communion. Many of the faithful have turned to canon law to identify the options the law provides with regard to sacramental celebrations when the people of God are prevented from meeting in person. Many questions revolve around the question of receiving communion when celebrating the Eucharist online. I would like to shed some light on these questions and suggest some answers from both a theological and a legal point of view.

1 — *Questions Addressing Canon Law*

Interestingly, many of the faithful rarely asked whether it was constitutional for the state to ban public worship for several months. This decision was accepted relatively uncritically, at least by most Catholics (including the Catholic bishops), although the state's decision was surprisingly radical given the fact that religious freedom has a prominent place among the fundamental rights of most constitutional law. It was therefore surprising for the state to restrict public worship so drastically to protect public health. However, most people's focus tended to be on the regulations *of the Church*, particularly on the issue of the online Eucharist. Besides some liceity questions, like the private celebration of Mass without the physical presence of a congregation (see c. 906), many faithful were primarily moved by issues of sacramental *effectiveness*, the subject that sacramental theology refers to as sacramental signification and canon law calls "sacramental validity."

1 For example, in June 2020, ten religious sisters in Germany published a statement describing how surprised they were that they did not miss the Eucharist and other priest-centred liturgies during the lockdown but found the time empowering to discover their own liturgies, which they found more fulfilling than the Mass. They concluded that it is necessary to break with certain liturgical traditions, criticising the official understanding of the sacraments, particularly the Eucharist. ORDENSFRAUEN FÜR MENSCHENWÜRDE, "Fülle in der Leere: Was die Ostererfahrungen 2020 uns sagen," 22 June 2020, www.feinschwarz.net/fuelle_in_der_leere_was_die_ostererfahrungen_2020_uns_sagen (4.7.2020).

Two questions dominated the discussion with respect to the Eucharist. The first dealt with the issue of *long-distance transubstantiation*. Many faithful were eager to know whether it was conceivable for the transubstantiation of the Eucharistic species during a live stream Eucharist to include those matters which the people provided themselves at home.[2] The second question was on the issue of consecrated "take-away" hosts. People were eager to know whether they could pick up the consecrated hosts at a pre-arranged collection point and consume them at home while virtually participating in an online Mass.[3]

It is striking that these issues focused on the Eucharist, given that the ecclesiastical authorities appear to have had a different focus. Although the official Church did touch upon the Eucharist—many diocesan bishops, for example, suspended their subjects' obligation under canon 1247 to participate in the Sunday Mass—their main focus was on *penance*. In March, the

2 This question was, to my surprise, the major issue which moved students at the University of Hamburg when we discussed the options of receiving communion during the pandemic in April 2020. I was invited to join a seminar meeting via ZOOM by a colleague from systematic theology after the students had repeatedly confronted him with questions concerning the online Eucharist. Interestingly, most of the students were open to the idea that a live stream transubstantiation of the species could include the species provided at home, as many of them had experienced "distance" transubstantiations during World Youth Days where the celebrant not only included those hosts in the transubstantiation which were right in front of him on the altar, but also hosts provided decentrally in several places among the gathered congregation. So the students brought forward the argument that if a transubstantiation might bridge some hundred meters to include hosts deposited there, it would be fair to assume that it might bridge further space, even virtual space.

3 I would like to mention some examples from German-speaking countries of how priests responded to this need. The university chaplain of the University of Munich, for instance, provided his parish members with hygienically sealed liturgical kits ("Gottesdienst-Sets") for their domestic worship on Palm Sunday 2020. These sets contained a consecrated host, a palm leaf, holy water, and a prayer text; see https://mk-online.de/meldung/kommunion-empfang_auch_in_corona_zeiten.html (25.7.2020). A parish priest from the diocese of Limburg allowed his parish members to collect the communion "to go" for Easter Sunday, providing them with the required number of hosts for all members of their household and with an instruction booklet outlining how to conduct domestic communion. The priest explained his decision by drawing a parallel between the lockdown situation and *viaticum* as a symbol of giving strength to the suffering and dying; see "Im Glauben an die Auferstehung," 8 April 2020, https://bistumlimburg.de/beitrag/im_glauben_an_die_auferstehung (25.7.2020). The Apostolic Administrator of the Diocese of Chur, Switzerland, confronted with a proliferating "take-away" practice, issued a statement, stating that it was forbidden to hand over consecrated hosts to the faithful to take home, or to deposit them in mailboxes; see Diocese of Chur, "Spendung der Eucharistie ausserhalb der Messfeier in der gegenwärtigen Zeit der Pandemie," 21 April 2020, www.bistum-chur.ch/aktuelles/spendung_der_eucharistie_ausserhalb_der_messfeier (25.7.2020).

Apostolic Penitentiary stressed that diocesan bishops could give priests in their territory permission to grant general absolution if individual confessions were impossible.[4] In addition, the Penitentiary enabled those faithful suffering from COVID-19 and their caregivers to receive a plenary indulgence.[5]

2 — *Sacraments and Sacramentality*

As mentioned above, space prevents me from discussing all of the critical issues which are worthy of attention. Instead, I will restrict myself to questioning what these acute challenges to liturgical and sacramental law contribute to the debate on the Catholic understanding of the sacraments. While this topic can be approached from different angles, I have chosen the category of sacramentality, because the sanctifying function of the Church is one primary mission of the Church. In addition, sacramentality is at the heart of what humans may achieve *with words*. Therefore, sacramentality is not only fundamentally relevant for religion, but also for the law, politics, and other social fields.

Sacraments are performative actions, which bring about what they denote. Thomas Aquinas called sacraments *causae significandi* and *causae efficiendi*, insofar as they signify and effectuate divine grace in the here and now.[6] Because they change the world, they are ontologically relevant. Sacraments are human rituals which use symbols to describe an alternative reality and, by doing so, bring this reality into being. The change in reality which the sacraments bring about may be a spiritual reality like God's grace, but also a merely human change in status: they are both symbols of grace and symbols of the law.[7] Baptism effectuates baptismal grace and Church membership.

4 See Apostolic Penitentiary, Note on the Sacrament of Reconciliation in the Present Emergency of the Coronavirus, 19 March 2020, at www.vatican.va (= Apostolic Penitentiary, Note).

5 See Apostolic Penitentiary, Decree "The gift of Special Indulgences is granted to the faithful suffering from Covid-19 disease, commonly known as Coronavirus, as well as to health-care workers, family members and all those who in any capacity, including through prayer, care for them," 19 March 2020, at www.vatican.va.

6 See Summa Theologiae III, question 66 article 5, in *Sancti Thomae Aquinatis Doctoris Angelici opera omnia iussu impensaque Leonis XIII P. M. edita*, vol. 12: *Tertia Pars Summae Theologiae a Quaestione LX ad Quaestionem XC*, Rome, Typographia Polyglotta, 1906, 68.

7 On the interrelationship between the law and the sacraments from a canonist's perspective, see John M. Huels, "A Juridical Notion of Sacramentals," in *Studia canonica*, 38 (2004), 345-368; idem, *Liturgy and Law: Liturgical Law in the System of Roman Catholic Canon*

Ordination effectuates grace and power. Marriage effectuates marital grace and brings about a contract. The same symbolic action has religious and legal effects.

This finding enabled Klaus Mörsdorf to identify the close relationship between legal and sacramental actions: "As a visible and effective symbol of an invisible reality of grace, the sacrament is kin with the legal symbol. Both are located on a deep layer facing the sacramental root of the law."[8] Mörsdorf explains the relationship between law and sacraments by referring to symbol theory.[9] Both legal and sacramental rituals rely on symbols, as they refer to a transcendent reality to make it real. Mörsdorf elucidates, "The legal symbol refers to an invisible reality in a community-related way."[10] Similarly, anthropologist Tomas Gerholm defined sacramental rituals as "ways of doing things with symbols."[11] It is no coincidence that Gerholm's definition echoes that of the founding father of speech theory, John Austin, who defined speech acts as "things we do in saying something."[12] The sacraments draw the reality they bring about from declarative speech. They signify what they effectuate, and they effectuate what they signify by *declaring* the reality of that which they signify.[13]

Law, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006; idem, "Acts with a Juridic Effect in the Canons of Marriage," in *Studia canonica*, 49 (2015), 309-331; Éric BESSON, *La dimension juridique des sacrements*, Tesi Gregoriana, Serie Diritto Canonico 65, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2004; William DANIEL, "Juridic Acts in Book VII of the Codex Iuris Canonici," in *Studia canonica*, 40 (2006), 433-486.

8 Author's translation; original quote, "Als sichtbares und wirksames Sinnbild einer unsichtbaren Heilswirklichkeit ist das Sakrament mit dem Rechtssymbol verwandt. Es liegt mit diesem in einer Tiefenschicht, die der sakramentalen Wurzel des Rechtes zugewandt ist.", Klaus MÖRSDORF, "Wort und Sakrament als Bauelemente der Kirchenverfassung," in *AkK*, 134 (1965), 72-79, 77 (= MÖRSDORF, "Wort und Sakrament").

9 Mörsdorf argues similarly to his contemporary Karl Rahner, whose studies he leaves strangely unmentioned; see Karl RAHNER, "The Theology of the Symbol," in idem, *Theological Investigations*, vol. IV: *More Recent Writings*, translated by Kevin Smyth, London/New York, Darton, Longman & Todd/The Seabury Press, 1974, 221-252.

10 Author's translation; original quote, "Das Rechtssymbol weist in gemeinschaftsbezogener Weise auf eine unsichtbare Wirklichkeit hin." MÖRSDORF, "Wort und Sakrament," 77-78.

11 Tomas GERHOLM, "On Ritual: A Postmodernist View," in *Ethnos*, 53 (1988), 190-203, 198.

12 John AUSTIN, *How to Do Things with Words*, The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955, Oxford, Clarendon Press, 1962, 108 (= AUSTIN, *How to Do Things*).

13 On sacraments as speech acts, see Joseph A. APPLEYARD, "How Does a Sacrament 'Cause by Signifying'?," in *Science et Esprit*, 23 (1971), 167-200, particularly 191-200; Aloysius P. MARTINICH, "Sacraments and Speech Acts," part 1 and part 2, in *The Heythrop Journal*, 16 (1975), 289-303 and 405-417; Louis-Marie CHAUVET, *Symbol and Sacrament: A Sacramental Reinterpretation of Christian Existence*, translated by Patrick Madigan and Madeleine Beaumont, Collegeville, MN, The Liturgical Press, 1995, particularly 130-135 and

Speech act theory and ritual theory strive to explain *how* this happens. Austin described the essential conditions of successful speech acts. "There must exist an accepted conventional procedure having a certain conventional effect, that procedure to include the uttering of certain words by certain persons in certain circumstances."[14] From the perspective of ritual theory, anthropologist Roy Rappaport made a similar observation about how rituals achieve their effect, with regard to highly formal rituals (which he, most interestingly, calls "liturgical orders"). "The formality of liturgical orders helps to ensure that whatever performatives they may incorporate are performed by authorized people with respect to eligible persons or entities under proper circumstances in accordance with proper procedures."[15] Hence, from the perspective of both speech act theory and ritual theory, sacramentality requires a conventionally determined procedure which brings about a conventionally determined effect, provided that the procedure determines who is competent to act, which words and gestures the action requires, and what kind of context there must be to embed the ritual.

3 — *The Doctrine on the Sacraments*

Despite coming to an understanding of the sacraments as various kinds of religious, legal, or other performative social acts, I will restrict my considerations to the *seven sacraments* which the Church celebrates. This sample is complex enough, given that the ecclesiastical conception of the sacraments amalgamates doctrine and law, the teaching of the Council of Trent with the doctrine of the Second Vatican Council, and a juridical understanding of the sacraments with a more liturgical perception. These manifold perspectives contribute to the multilayered phenomenon of Catholic sacramentality.

The Tridentine conception of the sacraments mostly refers to criteria for validity, focusing on a competent minister, a rightly-disposed receiver, an essential matter, and an essential form. It is not difficult to identify the competent minister using Austin's "certain persons" or Rappaport's "authorized people." "Eligible persons," in Rappaport's sense, are the rightly disposed receivers. Austin's "certain words" and Rappaport's

429-430; Mervyn DUFFY, *How Language, Ritual and Sacraments Work: According to John Austin, Jürgen Habermas and Louis-Marie Chauvet*, Tesi Gregoriana, Serie Teologia 123, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005.

14 AUSTIN, *How to Do Things*, 14.

15 Roy A. RAPPAPORT, *Ecology, Meaning, and Religion*, Richmond, CA, North Atlantic Books, 1979, 190.

"proper procedures" allude to the sacramental form and matter as the words—sacramental formulas—and performative action which change the status of a thing or a person. Whenever the Tridentine conditions are fulfilled, the administration of the sacraments is valid as long as the act is correctly performed—*ex opere operato*. Grace flows. Whether the sacraments are also fruitful can only be answered individually, biographically, and from personal experience.

However, the Tridentine conception of sacramentality, with its focus on the essential validity criteria, was prone to "magical thinking." Interpreting the sacraments in a juridical light after the Council of Trent also brought forth a casuistry which focused on the minister and his effective acting, while losing touch with the fact that sacraments are *communal* celebrations and ecclesial rituals of the whole Church. The Second Vatican Council addressed this by emphasising the importance of active participation by the whole congregation.[16] In doing so, it emphasised the community and their acting as sacramental *essentials*. One could rephrase this thought in terms of speech act theory and ritual theory to argue that the Council found that sacraments not only require certain persons and certain words and actions, but also a specific *context*—"proper circumstances," as Austin und Rappaport call it. This context is the ecclesial community. Due to the Council's teaching on the relevance of congregations as liturgical communities, the view of the sacraments became more procedural and more liturgical over the second half of the twentieth century. Yet, it remains juridical insofar as the ecclesiastical doctrine on the sacraments continues to be based on Tridentine teaching.

4 — *Juridical and Liturgical Conflicts*

The sacramental law of the Code is obviously shaped by Tridentine teaching. At its core, it revolves around the four criteria of sacramental validity. Using the Eucharist as an example, a priest serves as the competent minister (see c. 900); he also requires the minimal intention of doing what the Church does. The receivers must be baptised (see c. 912) and may not oppose the reception of the Eucharist by forming a positive act of will against it. The correct matter is wheat bread (unleavened, for liceity, in the Latin tradition) and grape wine (see c. 924). The liturgical books provide for the right

[16] See SECOND VATICAN COUNCIL, Constitution *Sacrosanctum concilium*, 4 December 1963, nos. 14-20, in *AAS*, 56 (1964), 104-105.

formulas; the Code refers to the liturgical books (see c. 846 § 1) which contain the Eucharistic prayers.

The Code devotes little attention to ritual aspects. It does note that liturgical celebrations require a congregation and the congregation's action when paraphrasing conciliar teaching in canon 837 § 1. "Liturgical actions are not private actions but celebrations of the Church itself which is the sacrament of unity, that is, a holy people gathered and ordered under the bishops. Liturgical actions therefore belong to the whole body of the Church and manifest and affect it." Yet the legal consequences drawn from that observation are rather thin. The Code goes on to regulate: "as liturgical actions by their nature entail a common celebration, they are to be celebrated with the presence and active participation of the Christian faithful where possible" (§ 2). A concrete result of this norm is canon 906, disallowing priests to celebrate the Eucharist without the participation of at least a few members of the faithful, except for a just and reasonable cause. In any case, both canon 837 § 2 and canon 906 weaken the conciliar teaching on the essentiality of the community and their action by classifying the Mass as a communal action in *regular situations* but allowing exceptions. Moreover, the legal norms do not clearly regulate what active participation actually means, as they provide only the most rudimentary details for organising communal action. For example, the law allows laypeople to function as lectors, commentators, and cantors (see c. 230 § 2). However, it leaves open what the active part of active participation exactly is for those lay people who merely participate in the Mass as part of the assembly. One must look to the liturgical laws, particularly in the General Instruction on the Roman Missal, for some minimal treatment of this subject. How our communal action might become real and what form the "proper circumstances" might actually take that permit us to experience the Eucharist as a communal liturgy are liturgical desiderata which are neglected by the Code and treated summarily in the liturgical laws.

Sacramental theologian Joseph Martos offers an explanation why the law is silent when it comes to this key aspect of sacramentality by alluding to the twofold theological meaning of the term "sacrament." Martos observes that theologians, depending on their discipline, tend to understand the term "sacrament" differently depending on whether they focus either on the *ritual* itself or on the *effect* of the ritual. Liturgical scholars tend to emphasise the procedural and ritual character of sacramental celebration. Canon lawyers, on the contrary, focus primarily on the conditions of sacramental validity and, therefore, tend to study the *result* of sacramental action rather than the action itself. Martos states: "In the first sense of the word, a sacrament is a liturgical ritual such as a baptism or a religious wedding ceremony. In the

second sense of the word, a sacrament is something that is administered and received during the performance of the ritual, as when we talk about administering the sacrament of baptism or receiving the sacrament of marriage."[17] One discovers this tension in canonical texts whenever authors trying to find a suitable verb for sacramental acts either sound strikingly technical or fall prey to a certain verbiage as they notice that there are further layers of meaning behind the legal statement they are making. Alfred Hierold, for instance, used a typical phrase for canon lawyers when he observed "that the sacrament of penance is administered and received or—as one should say—is celebrated in the sacramental realm and in a certain ecclesial public."[18] This tension between "administered and received," on the one hand, and "celebrated," on the other, clearly reveals the two theological meanings connected with the term "sacrament".

We can detect the same tension between understanding sacraments as symbols or celebrations, as things or liturgies, when we examine *legal* symbols. In this context, Mörsdorf emphasised that legal symbols, which he tried to categorise according to sacramental categories, are either things or actions. He discerned that law is "either a thing which signifies something beyond its sensory appearance, or an action which brings about something invisible through symbolic action."[19] Mörsdorf obviously relies on the two meanings of sacramentality, which denote a sacred thing as the result of sacramental action or the ritual action itself. The term "Eucharist" might help us to see this difference in everyday Catholic terminology. What do we mean when we refer to the "Eucharist": the transubstantiated species or the liturgy of the Mass, the rite, the ritual? Depending on the answer, we either think in terms of a more juridical, "Tridentine" approach or a more liturgical approach.

According to Church doctrine, these meanings complement each other. Nevertheless, their union is rather conflictive, as Martos notes. He finds it

[17] Joseph MARTOS, *Deconstructing Sacramental Theology and Reconstructing Catholic Ritual*, Eugene, OR, Resource Publications, 2015, XIII (= MARTOS, *Deconstructing Sacramental Theology*).

[18] Author's translation; original quote, "dass in der Regel das Bußsakrament in einem sakralen Raum und in einer gewissen kirchlichen Öffentlichkeit gespendet und empfangen oder—besser gesagt—gefeiert wird"; Alfred HIEROLD, "Beichte per Telefon? Bemerkungen zum 'Ort' für das Bußsakrament," in Winfried AYMANS, Anna EGLER and Joseph LISTL (eds.), *Fides et Ius: Festschrift für Georg May zum 65. Geburtstag*, Regensburg, Friedrich Pustet, 1991, 163-176, 165 (= HIEROLD, "Beichte per Telefon").

[19] Author's translation; original quote, "ist entweder ein Gegenstand, der über seine sinnliche Erscheinung hinaus etwas aussagt, oder eine Handlung, die im sinnbildlichen Geschehen etwas Unsichtbares bewirkt." MÖRSDORF, "Wort und Sakrament", 78.

difficult to reconcile the two meanings of "sacrament" and calls them a "source of problems in the Church."[20] Martos believes the unclear notion of "sacrament" is an obstacle to ecumenical dialogue and is problematic in pastoral contexts. I have come to find that this latter aspect, namely the existence of pastoral problems connected with the unclear meaning of "sacrament", also connects with the debates which have recently evolved around celebrating the sacraments online while being required to engage in social distancing. I would like to suggest that current questions regarding the online Eucharist are related to these twofold understandings of sacramentality. The faithful are uncertain about what is possible online because there is a conflict between a juridical and a ritual understanding of sacraments.

5 — *Confession and Absolution by Telephone*

I would like to substantiate my argument by referring to an earlier debate from the 1980s, which revolved around confessions by telephone. In German-speaking countries, the question of whether the sacrament of penance may be administered validly by telephone was raised by Rudolf Weigand in 1980. He argued in favour of a valid sacramental celebration by telephone by comparing it with papal blessings (like the *Urbi et Orbi*) by television, stating that one could not reasonably affirm the possibility of this blessing and the indulgence it conveys while rejecting the same effectiveness with regard to sacramental penance by telephone.[21] If we assume that the performative symbolic action of an indulgence may be granted validly from a distance, then this must also apply to sacramental symbolic action, according to Weigand. The key phrase "from a distance" has reappeared in the debates on the administration of the sacraments ever since. Even today, canonists rely on the term "distance" to denote the opposite of "presence" and "personal attendance,"[22] thus alluding to the fact that ministers and receivers of sacraments are not physically present in the same place. "Distance" therefore refers to *spatial* distance, but it has other obvious connotations as well.

In 1989, the Congregation for the Doctrine of the Faith dealt with the question of administering sacramental penance by telephone in response to an inquiry by the German Archbishop of Munich and Freising. The Archbishop

[20] MARTOS, *Deconstructing Sacramental Theology*, XIII.

[21] See Rudolf WEIGAND, "Das Bußsakrament," in Joseph LISTL, Hubert MÜLLER and Heribert SCHMITZ (eds.), *Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts*, Regensburg, Friedrich Pustet, 1980, 504-519, 519.

[22] E.g. HIEROLD, "Beichte per Telefon", 164.

received the Congregation's advice in the form of a *Note*,[23] which argued more cautiously than Weigand, but was affirmative in tendency. The *Note* specified that confession and absolution by telephone was probably *valid* under certain conditions, as some moral theologians consulted by the Congregation had taken an affirmative stance on this issue. Yet apart from grave necessity, the practice should be understood as *illicit*, as the *Note* states.

The Apostolic Penitentiary actually agreed with this opinion on the illiceity of sacramental penance via telephone in 2002 by alluding to the danger this practice poses to the sacramental seal.[24] This article will not go into detail regarding the problem of the sacramental seal as it presents itself distinctly with regard to telephone or online penance, not because it is not important, but because it is not directly connected with *validity* issues. As I focus on the validity of the administration of sacraments over a distance, I am more concerned with arguments for or against sacramental validity. However, it is precisely for this reason that I return to the Apostolic Penitentiary's Circular Letter in section seven, as it also provides some thoughts which contribute to the validity debate.

However, it seems advisable, particularly when the focus of attention is on conditions of sacramental validity, to study the Congregation for the Doctrine of the Faith's *Note* to the Archbishop of Munich and Freising first, as it contains a number of points which trigger the discussion. Whilst the document is interesting for its arguments, it is far from providing the Church with a definite answer to the issue of absolution by telephone (or by internet). As a reply to a single bishop's question, the *Note* has never achieved official status as a legal document which issues guidance for the universal Church. Yet as a piece of advice sent to the bishop as the Congregation's response to his inquiry, it is still a stimulating contribution. It does not resolve the dispute, but it adds to the debate. The text is thought-provoking as it opens up the possibility of a valid administration of the sacrament of penance via telephone on the one hand, while on the other hand it alludes to arguments why this should not become a regular practice.

In this respect, the document notes that administering the sacrament of penance not only requires the minister to utter the sacramental formula but

[23] See CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH, Note, 25 November 1989, in *AkK*, 158 (1989), 484 (= CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH, Note).
The *Note* was never officially published; it was printed in the *Archiv für katholisches Kirchenrecht* as a document which the editors found to be of canonical interest.

[24] See APOSTOLIC PENITENTIARY, Circular Letter *L'uso dei mezzi tecnologici*, Prot. N. 500/02, 23 October 2002, in *EV*, 21 (2002), 930-931 (= APOSTOLIC PENITENTIARY, Circular Letter *L'uso dei mezzi tecnologici*).

also to use "ritual elements," such as when the priest extends his hands over the penitent's head when giving absolution. However, the *Note* does not view these gestures as essential, in accordance with Tridentine teaching, or it could not argue in favour of the sacrament's validity when administered by telephone. Yet, it points strongly at the relevance of gestures for the *fruitfulness* of the sacrament, noting that the priest's gesture "enables the faithful to receive the fruit of the sacrament, because ritual elements nourish the faith."[25] This is why the *Note* assumes that sacramental penance may be valid when administered by telephone but sees it as illicit insofar as it regards penance without its symbolic gestural elements as a problematic restriction of sacramental action which should be avoided as this practice might obstruct the fruitfulness of the sacrament.

The second reason the *Note* understands sacramental penance by telephone to be illicit is that this practice supports a "privatisation" of the sacrament, which contradicts the character of sacraments as communal and public celebrations. The document is concerned that administering the sacrament from a distance equates to losing touch with the ecclesial dimension of sacramental penance, which has already suffered from the modern restriction of sacramental penance to auricular confession. However, the document does not see this as an issue affecting the validity of the sacrament, instead understanding it as a reason to argue against a regular practice of confession by telephone.

In summary, the *Note*'s assessment of whether it is possible to administer and receive the sacrament of penance by telephone shifts between the poles of a Tridentine "yes" and a modern "maybe". The last sentence of the *Note* reflects this hesitance in a thought-provoking way by emphasising that the forgiveness of sins does not require *sacramental* penance. The document therefore reminds its readers that, in cases of grave necessity, perfect contrition combined with the intention of receiving sacramental penance as soon as possible reconciles the sinner with God. The Apostolic Penitentiary, in its March 2020 *Note* on the sacrament of penance during the COVID pandemic, expressed the same thought.

> Where individual faithful should be in the painful impossibility of receiving sacramental absolution, it should be remembered that perfect contrition, coming from the love of God, loved above all else, expressed by a sincere request for forgiveness (one which the penitent is able to express in that

[25] Author's translation; original quote, "die Gläubigen befähigen, die Frucht des Sakramentes zu empfangen, weil die rituellen Elemente den Glauben nähren.", Congregation for the Doctrine of the Faith, Note, 484.

moment) and accompanied by the *votum confessionis*, that is, by the firm resolution to receive sacramental confession as soon as possible, obtains the forgiveness of sins, even mortal ones (cf. *CCC*, n. 1452).[26]

6 — *Communicating the "Word" over a Distance*

Similarly, many bishops responded to the question of whether transubstantiation from a distance or a take-away service for consecrated hosts was admissible by pointing out the option of *spiritual communion*.[27] They stressed that devoutly participating in a live stream Eucharist could also be a source of grace for the participants even though they might not be receiving communion physically.

These pragmatic approaches argue in a very similar way. They try to avoid stating that, given the Tridentine doctrine and its sacramental juridism of correct administration, correct reception, correct matter, and correct form, it is possible to imagine both absolution from a distance and transubstantiation from a distance, where the act of transubstantiation followed via live stream includes those species (if the correct matter) which the faithful provide in their homes. Correspondingly, with Tridentine teaching in mind, one might also deem it possible to conceive of a take-away service for consecrated hosts if the Church can ensure that the faithful consume the hosts with dignity.

As neither the sacrament of penance nor the Eucharist require a minister's essential physical action to administer them, the reference to sacramental gestures is relevant with regard to liceity and fruitfulness but, from a Tridentine perspective, does not inhibit validity. The situation is obviously different with regard to baptism, confirmation, the anointing of the sick, and holy orders, all of which require the minister's physical action upon the receiver. Marriage, however, takes an interesting intermediate position; by permitting *marriage by proxy*, the law of the Church has instituted a *personal* concept for bridging the "distance" between absent spouses, allowing them to enter marriage without being present in the same place (see c. 1105). This finding might support the argument that canon law does not generally oppose the

[26] Apostolic Penitentiary, Note.

[27] E.g. Diocese of Regensburg, "Geistliche Kommunion—Tipps für die Corona-Zeit," 17 March 2020, www.bistum-regensburg.de/news/geistliche_kommunion_tipps_fuer_die_corona_zeit_7328 (25.7.2020); Christoph Paul Hartmann, "Andacht im Extremfall: Die geistige Kommunion," 27 March 2020, www.katholisch.de/artikel/24941_andacht_im_extremfall_die_geistige_kommunion (25.7.2020).

distant administration of sacraments when physical gestural elements between ministers and receivers are dispensable with regard to validity. As a consequence, marriage by proxy may well support the idea that the online administration of the sacrament of penance might also be deemed possible, as well as understanding transubstantiation as an event that might bridge physical distance, at least from a juridical point of view.

However, it is always somewhat difficult to draw on marriage as a model for other sacraments, as marriage is a special case among the sacraments and therefore defies comparison to some degree. Marriage is the only sacrament where, according to Western understanding, the ministers and receivers are the same people, namely the baptised spouses. As marriage does not essentially require an official representative of the Church to serve as a minister, it can be celebrated outside an official liturgical ceremony. A similar observation applies to baptism. However, unlike baptism, marriage is a sacrament where the matter is not a physical thing but the spouses' *consent*, and where the form does not depend on an exact formula, but on the *same* consent and on some way in which the spouses express it.

However, this observation links marriage with the sacrament of penance, as penance also lacks a physical matter and understands contrition, confession, and satisfaction as its matter. Systematic theologian Louis-Marie Chauvet observes this parallel between marriage and penance by dryly commenting that those "two sacraments whose 'quasi-matter' is the human person (penance and marriage) are those which have given theologians the most trouble."[28] In a similar vein, albeit in a more optimistic tone, Karl Rahner has emphasised the parallel by noting that the matters of marriage and penance have much in common insofar as they are both purely "words."[29] Rahner interprets the matter of marriage to be "words," as he understands the spouses' consent as a form of communication, expressing their will to marry as well as God's grace. In a similar way, the matter of penance, contrition, confession and satisfaction, does not encompass a material object but "words" only, in Rahner's broad understanding of the term. It consists of thoughts about one's actions, feelings of guilt, intentions and decisions to change, and expressions of remorse and repentance.

[28] Louis-Marie CHAUVET, *Symbol and Sacrament*, 412.

[29] Karl RAHNER, "The Word and the Eucharist," in idem, *Theological Investigations*, vol. IV: *More Recent Writings*, translated by Kevin Smyth, London/New York, Darton, Longman & Todd/The Seabury Press, 1974, 253-286, 266 (= RAHNER, "The Word").

Rahner believes that the sacramental matter for the Eucharist also consists of "words," even though it seems more difficult to understand the Eucharistic matters of bread and wine as "words." Nevertheless, Rahner understands these matters as intrinsically connected with "words." Bread and wine depend on words to receive their symbolic quality, as it is only through the words of consecration that they signify and cause a symbolic reality to become Christ's body and blood. Furthermore, after being transubstantiated, bread and wine symbolise Christ's presence only insofar as they *remain* connected with the words of consecration.[30] Rahner is keen to avoid materialistic ideas which understand transubstantiation as the enclosure of Christ in the consecrated species. He is therefore careful to avoid giving the impression that the words of consecration are magical spells producing a sacred *thing*, a tendency which he sees in Catholic hylemorphism. Instead, he suggests understanding the sacred effect of the Eucharist as something enduringly connected with the words of consecration and understandable only in connection with these words.[31]

If we remain with this parallel between marriage and penance, and also keep the Eucharist in mind, as these sacraments essentially rely on "words" and revolve around "words" in Rahner's broad understanding of the term, it is only a short step to seeing how marriage by proxy supports the possibility of deeming an online administration of the sacrament of penance, and to understanding transubstantiation as an event that, whilst remaining essentially connected with the physical matter of bread and wine, might bridge physical distance. This is because one may understand the essential "word" as an event bridging physical space. The analogy is obviously limited. Yet if we understand the sacraments as "words" in Rahnerian terms, which communicate Christ the Word through words, we may find that words bridge distances, making Christ present through symbolic action even though the ministers and receivers are not in the same physical room.

7 — *Presence, Dialogue, and Community*

A similar observation might be made regarding the problematic privatisation of the sacraments, which the Congregation for the Doctrine of the Faith's *Note* raised in 1989 with regard to sacramental confession via

30 See Karl RAHNER, "The Presence of Christ in the Sacrament of the Lord's Supper," in idem, *Theological Investigations*, vol IV: *More Recent Writings*, translated by Kevin Smyth, London/New York, Darton, Longman & Todd/The Seabury Press, 1974, 287-311.

31 See RAHNER, "The Word", 284.

telephone. While privatisation is a serious problem with regard to the sacraments, it is irrelevant for considerations of validity if one follows the Council of Trent. Furthermore, the problem is less grave with regard to a live stream liturgy than a mere audio communication by telephone. The privatisation argument cannot therefore be used to fundamentally dismiss online celebrations.

However, the Second Vatican Council's emphasis on the essential nature of the congregation's communal action raises more issues. That the congregation's active participation is indispensable for the liturgy does not completely disqualify online celebrations either—but it only qualifies them *insofar* as they allow for communal action and allow for the congregation to experience their community. It is open to debate whether online liturgies create true community spirit and allow for the faithful's active participation. Official ecclesiastical voices tend to be reluctant to acknowledge that digital media express this communal dimension sufficiently and allow for adequate communal experiences. The Pontifical Council for Social Communications emphasised in its 2002 document, *The Church and Internet*, the relevance of digital communication for the teaching function of the Church,[32] but did not attribute the same relevance to it with regard to the Church's *sanctifying function*. The Pontifical Council noted: "Virtual reality is no substitute for the Real Presence of Christ in the Eucharist, the sacramental reality of the other sacraments, and shared worship in a flesh-and-blood human community. There are no sacraments on the Internet; and even the religious experiences possible there by the grace of God are insufficient apart from real-world interaction with other persons of faith."[33] The Pontifical Council also referred to the "real interpersonal community, the incarnational reality of the sacraments and the liturgy, or the immediate and direct proclamation of the gospel," in contrast to an unreal or less real "virtual reality of cyberspace."[34] While it did take into account that virtual reality might be helpful in overcoming distances (e.g., the document referred to "persons living in remote areas"), it adjudged virtual reality to be less real by contrasting it with the "real interpersonal community" to which the Church invites the faithful.

[32] On how to organise the teaching function of the Church online from a canonist's perspective, see Michael NOBEL, "To Proclaim the Gospel Online—Challenges and Difficulties: Towards a Possible Diocesan Protocol for Ministers of the Divine Word in the Online Environment," in *The Canonist*, 10 (2019), 87-126.

[33] PONTIFICAL COUNCIL FOR SOCIAL COMMUNICATIONS, The Church and Internet, 22 February 2002, at www.vatican.va; *EV*, 21 (2002), 48-78, no. 9 (= PONTIFICAL COUNCIL FOR SOCIAL COMMUNICATIONS, The Church and Internet).

[34] Ibid., no. 5.

Consequently, the Pontifical Council urged those in pastoral ministry to "consider how to lead people from cyberspace to true community."[35]

It is somewhat challenging to follow the "hierarchy of realities" the document uses to classify realities as being more or less "real". Yet, leaving these oddities aside, it is obvious that the document accords virtual reality a lower status in the hierarchy of realities compared to the "true community" of physical presence without a spatial distance between the community members. The Apostolic Penitentiary actually raised a similar thought in the very same year, when it sent its Circular Letter *L'uso dei mezzi tecnologici* to the diocesan bishops and major superiors. While the Penitentiary was primarily concerned with banning online penance because it endangered the sacramental seal, the letter also indicates that the problem might go somewhat deeper, as it might affect the issue of sacramental validity itself. The Penitentiary suspects that the online administration of penance might violate constitutive elements of the sacrament including sacramentality itself, the physical immediacy between the minister and the receiver, the quality of the sacrament as "dialogue", and consequences for the effectiveness of the sacrament including in the psychological sense.[36]

The Penitentiary avoids making a magisterial claim. It does not state that online celebrations endanger the validity and fruitfulness of sacraments, but raises concerns that this might be the case. Scholars who share this perception, in consequence, answer in the negative to whether a congregation may gather online to celebrate the sacraments. For instance, canonist Christoph Ohly argues against the validity of administering the sacrament of penance online,[37] despite mentioning that the Congregation for the Doctrine of the Faith's *Note* considers the sacrament by telephone to be valid. Canonist Ludger Müller supports this view, asking, "Does not the symbolic character of the sacrament require the worshipper's immediate personal presence? The sacrament of penance is worship. A medium like a letter, telephone, text message, or internet is unable to express this liturgical dimension."[38]

[35] Ibid., no. 9.

[36] "… sacramentalità, immediatezza fisica dei soggetti, dialogicità, conseguente efficacia anche psicologica …"; APOSTOLIC PENITENTIARY, Circular Letter *L'Uso dei mezzi techologici*, 930.

[37] See Christoph OHLY, "Das Bußsakrament," in Stephan HAERING, Wilhelm REES and Heribert SCHMITZ (eds.), *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, 3rd ed., Regensburg, Friedrich Pustet, 2015, 1184-1205, 1195.

[38] Author's translation; original quote, "Erfordert die Zeichenhaftigkeit des Sakramentes nicht die unmittelbare persönliche Anwesenheit? Beim Bußsakrament handelt es sich um einen Gottesdienst. Ein Medium wie Brief, Telefon, SMS oder Internet ist nicht in der Lage, die gottesdienstliche Dimension […] zum Ausdruck zu bringen.", Ludger MÜLLER and Christoph OHLY, *Katholisches Kirchenrecht: Ein Studienbuch*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2018, 179.

In contrast, those scholars who conceive of virtual spaces allowing for communal experience and active participation will be more open to imagining them serving as spaces of sacramental celebration. While it is undeniable that liturgies require "real interpersonal community", as the Pontifical Council for Social Communications phrased it, the question arises as to whether a real community as celebrated in the liturgies necessarily requires the worshippers' simultaneous physical presence in the same analogue room. The Apostolic Penitentiary, when raising its doubts with regard to online penance, gives a precise summary of the questions which need to be answered in order to come to a theological answer about whether this is possible. If it is true that sacramentality requires the ministers' and the receivers' simultaneous physical presence in the same analogue room, online sacraments are impossible. If, however, virtual presence also allows for a real dialogue between ministers and receivers, we might answer the question differently. If the receivers are unable to experience the minister's presence and if they cannot experience online communication as truly dialogical, online sacraments endanger sacramental fruitfulness. If, nevertheless, virtual presence allows the receivers to engage in a real dialogue with the ministers and if this leads them to truly experience community, we might answer this question differently.

Conclusion

There is general consensus that the sacraments are communal rituals. However, it has not been decided, either technologically or theologically, whether virtual rooms defy the experience of community. With regard to technology, recent years have shown an increase in participatory opportunities in digital media. This is an interesting development for a Church which finds active participation essential for sacramental communities. Even those voices which are reluctant to attribute a role to modern technology in communicating sacramental grace online might want to keep track of progress in the digital field. It might eventually increase participatory opportunities to a level at which we can view online communications as being real, true, and experience-related enough to qualify as spaces which can unite a sacramental community. With regard to theology, the analysis cannot stop at this point. The questions about the sacraments debated in light of the COVID crisis have proven to be of great service to the theological debate. They have highlighted the need to engage in a deeper discussion of what we mean when we speak of "community," "presence," "reality," and "experience," especially when we understand these criteria to be conditions of sacramentality.

Studia canonica 54 | 2020, 475-493
doi: 10.2143/STC.54.2.3289266

THE CDF RESPONSES ON THE BAPTISMAL FORMULA 'WE BAPTIZE YOU'

TEXT AND COMMENT

JOHN M. HUELS

SUMMARY — On 24 June 2020, the Congregation for the Doctrine of the Faith published two responses and a Doctrinal Note on the invalidity of the use of an unauthorized baptismal formula that substitutes the plural "We baptize" for the required singular "I baptize." After presenting the English version of the Responses and Doctrinal Note, the A. offers some brief comments on its import. He explores the possible reasons for the decision, seeking to determine in particular whether the basis for invalidity is due to a defective intention on the part of the minister or to a defect of form *per se*. The French version of the text is given in the Appendix.

RÉSUMÉ — Le 24 juin 2020, la Congrégation pour la Doctrine de la Foi a publié deux réponses et une Note doctrinale sur l'invalidité de l'utilisation d'une formule de baptême non autorisée qui substitue le pluriel « Nous baptisons » au singulier requis « Je baptise ». Après avoir présenté la version anglaise des réponses et de la note doctrinale, l'A. propose quelques brefs commentaires sur son importation. Il explore les raisons possibles de la décision, cherchant notamment à déterminer si le fondement de l'invalidité est dû à une intention défectueuse du ministre ou à un défaut de forme en soi. La version française du texte est donnée en annexe.

1 — *The CDF Responses and Doctrinal Note*[1]

QUESTIONS

First question: Whether the Baptism conferred with the formula *We baptize you in the name of the Father and of the Son and of the Holy Spirit* is valid?

[1] Congregation for the Doctrine of the Faith, Responses to questions proposed on the validity of Baptism conferred with the formula "We baptize you in the name of the Father

Second question: Whether those persons for whom baptism was celebrated with this formula must be baptized *in forma absoluta*?

RESPONSES

To the first question: Negative.

To the second question: Affirmative.

The Supreme Pontiff Francis, at the Audience granted to the undersigned Cardinal Prefect of the Congregation for the Doctrine of the Faith, on June 8, 2020, approved these Responses and ordered their publication.

Rome, from the Offices of the Congregation for the Doctrine of the Faith, June 24, 2020, on the Solemnity of the Nativity of Saint John the Baptist.

Luis F. Card. Ladaria, S.I.
Prefect
✠Giacomo Morandi
Titular Archbishop of Cerveteri

Secretary

* * *

DOCTRINAL NOTE
on the Modification of the Sacramental Formula of Baptism

Recently there have been celebrations of the Sacrament of Baptism administered with the words: "In the name of the father and of the mother, of the godfather and of the godmother, of the grandparents, of the family members, of the friends, in the name of the community we baptize you in the name of the Father and of the Son and of the Holy Spirit." Apparently, the deliberate modification of the sacramental formula was introduced to emphasize the communitarian significance of Baptism, in order to express the participation of the family and of those present, and to avoid the idea of the concentration of a sacred power in the priest to the detriment of the parents and the community that the formula in the *Rituale Romanum* might seem to imply[1]. With debatable pastoral motives[2], here resurfaces the ancient temptation to substitute for the formula handed down by Tradition other texts judged more suitable. In this regard, St. Thomas Aquinas had already asked

and of the Son and of the Holy Spirit," 24 June 2020, at http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2020/08/06/0406/00923.html#rispostein

himself the question "utrum plures possint simul baptizare unum et eundem," to which he had replied negatively, insofar as this practice is contrary to the nature of the minister[3].

The Second Vatican Council states that: "when a man baptizes it is really Christ Himself who baptizes"[4]. The affirmation of the Constitution on the Sacred Liturgy *Sacrosanctum concilium*, inspired by a text of Saint Augustine[5], wants to return the sacramental celebration to the presence of Christ, not only in the sense that he infuses his *virtus* to give it efficacy, but above all to indicate that the Lord has the principal role in the event being celebrated.

When celebrating a Sacrament, the Church in fact functions as the Body that acts inseparably from its Head, since it is Christ the Head who acts in the ecclesial Body generated by him in the Paschal mystery[6]. The doctrine of the divine institution of the Sacraments, solemnly affirmed by the Council of Trent[7], thus sees its natural development and authentic interpretation in the above-mentioned affirmation of *Sacrosanctum concilium*. The two Councils are therefore in harmony in declaring that they do not have the authority to subject the seven sacraments to the action of the Church. The Sacraments, in fact, inasmuch as they were instituted by Jesus Christ, are entrusted to the Church to be preserved by her. It is evident here that although the Church is constituted by the Holy Spirit, who is the interpreter of the Word of God, and can, to a certain extent, determine the rites which express the sacramental grace offered by Christ, does not establish the very foundations of her existence: the Word of God and the saving acts of Christ.

It is therefore understandable that in the course of the centuries the Church has safeguarded the form of the celebration of the Sacraments, above all in those elements to which Scripture attests and that make it possible to recognize with absolute clarity the gesture of Christ in the ritual action of the Church. The Second Vatican Council has likewise established that no one "even if he be a priest, may add, remove, or change anything in the liturgy on his own authority"[8]. Modifying on one's own initiative the form of the celebration of a Sacrament does not constitute simply a liturgical abuse, like the transgression of a positive norm, but a *vulnus* inflicted upon the ecclesial communion and the identifiability of Christ's action, and in the most grave cases rendering invalid the Sacrament itself, because the nature of the ministerial action requires the transmission with fidelity of that which has been received (cf. *1 Cor* 15:3).

In the celebration of the Sacraments, in fact, the subject is the Church, the Body of Christ together with its Head, that manifests itself in the concrete gathered assembly[9]. Such an assembly therefore acts *ministerially* – not

collegially—because no group can make itself Church, but becomes Church in virtue of a call that cannot arise from within the assembly itself. The minister is therefore the sign-presence of Him who gathers, and is at the same time the locus of the communion of every liturgical assembly with the whole Church. In other words, the minister is the visible sign that the Sacrament is not subject to an arbitrary action of individuals or of the community, and that it pertains to the Universal Church.

In this light must be understood the Tridentine injunction concerning the necessity of the minister to at least have the intention to do that which the Church does[10]. The intention therefore cannot remain only at the interior level, with the risk of subjective distractions, but must be expressed in the exterior action constituted by the use of the matter and form of the Sacrament. Such an action cannot but manifest the communion between that which the minister accomplishes in the celebration of each individual sacrament with that which the Church enacts in communion with the action of Christ himself: It is therefore fundamental that the sacramental action may not be achieved in its own name, but in the person of Christ who acts in his Church, and in the name of the Church.

Therefore, in the specific case of the Sacrament of Baptism, not only does the minister not have the authority to modify the sacramental formula to his own liking, for the reasons of a christological and ecclesiological nature already articulated, but neither can he even declare that he is acting on behalf of the parents, godparents, relatives or friends, nor in the name of the assembly gathered for the celebration, because he acts insofar as he is the sign-presence of the same Christ that is enacted in the ritual gesture of the Church. When the minister says "I baptize you…," he does not speak as a functionary who carries out a role entrusted to him, but he enacts *ministerially* the sign-presence of Christ, who acts in his Body to give his grace and to make the concrete liturgical assembly a manifestation of "the real nature of the true Church"[11], insofar as "liturgical services are not private functions, but are celebrations of the Church, which is the 'sacrament of unity,' namely the holy people united and ordered under their bishops"[12].

Moreover, to modify the sacramental formula implies a lack of an understanding of the very nature of the ecclesial ministry that is always at the service of God and his people and not the exercise of a power that goes so far as to manipulate what has been entrusted to the Church in an act that pertains to the Tradition. Therefore, in every minister of Baptism, there must not only be a deeply rooted knowledge of the obligation to act in ecclesial communion, but also the same conviction that Saint Augustine attributes to the Precursor, which "was to be a certain peculiarity in Christ, such that,

although many ministers, be they righteous or unrighteous, should baptize, the virtue of Baptism would be attributed to Him alone on whom the dove descended, and of whom it was said: 'It is he who baptizes with the Holy Spirit' (*Jn* 1:33)". Therefore, Augustine comments: "Peter may baptize, but this is He that baptizes; Paul may baptize, yet this is He that baptizes; Judas may baptize, still this is He that baptizes"[13].

[1] In reality, a careful analysis of the *Rite of Baptism of Children* shows that in the celebration the parents, godparents and the entire community are called to play an active role, a true liturgical office (cf. *Rituale Romanum ex Decreto Sacrosancti Oecumenici Concilii Vaticani II instauratum auctoritate Pauli PP. VI promulgatum*, *Ordo Baptismi Parvulorum*, Praenotanda, nn. 4-7), which according to the conciliar provisions, however, requires that "each person, minister or layman, who has an office to perform, should do all of, but only, those parts which pertain to his office by the nature of the rite and the principles of liturgy" (Second Vatican Ecumenical Council, Constitution on the Sacred Liturgy *Sacrosanctum concilium*, 28).

[2] Often the recourse to pastoral motivation masks, even unconsciously, a subjective deviation and a manipulative will. Already in the last century, Romano Guardini recalled that if in personal prayer the believer can follow the impulse of the heart, in liturgical action "he must open himself to a different kind of impulse which comes from a more powerful source: namely, the heart of the Church which beats through the ages. Here it does not matter what personal tastes are, what wants he may have, or what particular cares occupy his mind..." (R. Guardini, *Vorschule des Betens*, Einsiedeln/Zürich, 1948[2], p. 258; Eng. trans.: *The Art of Praying*, Manchester, NH, 1985, 176).

[3] *Summa Theologiae*, III, q. 67, a. 6 c.

[4] Second Vatican Ecumenical Council, Constitution *Sacrosanctum concilium*, 7.

[5] S. Augustinus, *In Evangelium Ioannis tractatus*, VI, 7.

[6] Cf. Second Vatican Ecumenical Council, Constitution *Sacrosanctum concilium*, 5.

[7] Cf. DH 1601.

[8] Second Vatican Ecumenical Council, Constitution *Sacrosanctum concilium*, 22 § 3.

[9] Cf. *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1140: "Tota communitas, corpus Christi suo Capiti unitum, celebrat" and 1141: "Celebrans congregatio communitas est baptizatorum".

[10] Cf. DH 1611.

[11] Second Vatican Ecumenical Council, Constitution *Sacrosanctum concilium*, 2.

[12] *Ibid.*, 26.

[13] S. Augustinus, *In Evangelium Ioannis tractatus*, VI, 7.

2 — *Comment*

On 24 June 2020, the Congregation for the Doctrine of the Faith (CDF) issued the above two Responses and Doctrinal Note concerning the invalidity of the baptismal formula, "We baptize you in the name of the Father, and of the Son, and of the Holy Spirit" [= hereafter: the "We-formula"]. Some weeks later, the Responses and Note were published on the Vatican's website

in six vernacular languages: Italian, French, English, German, Spanish, and Portuguese. As of this writing, there is no official Latin version. Presumably, it will be furnished when the Responses are published in the *AAS*. The first response is negative to the question of whether the We-formula is valid; the second is affirmative to the question of whether those baptized with this We-formula must be baptized *in forma absoluta*, that is, not conditionally but absolutely.

This comment briefly seeks to understand and explain the reasoning for the two Responses. It attempts to determine, in particular, whether the invalidity of the We-formula is due to a defect of intention or a defect of form *per se*. Is the word "We" invalidating because the minister *intends* to include others in the act of baptism? Or, is its use invalidating even if the minister has the proper intention to do what the Church does when it baptizes?

2.1 — The 2001 and 2008 CDF Responses

Prior to the 2020 Responses on the We-formula, the two most recent rulings of the CDF on the validity of baptism were based on different reasons. A 2001 Response declares the invalidity of baptism in the Church of Jesus Christ of the Latter Day Saints.[2] A theological commentary on the invalidity of Mormon baptism accompanied the initial publication of the Response in *L'Osservatore Romano*, authored by Luis Ladaria (who later became the CDF Prefect who signed the 2020 Responses).[3] Although the formula used by the Mormons is not defective, Ladaria explains that their theology of the Trinity and of baptism itself is so foreign to the Christian faith that it is impossible for their priests to have the intention to do what the Church does when it baptizes.

> There is not a true invocation of the Trinity [in Mormon baptism] because the Father, the Son and the Holy Spirit, according to the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints, are not the three persons in which subsists the one Godhead, but three gods who form one divinity. … The words Father, Son, and Holy Spirit have for the Mormons a meaning totally different from the Christian meaning. The differences are so great that one cannot even consider that this doctrine is a heresy which emerged out of a false

[2] The doubt was framed: "Whether baptism conferred in the community 'The Church of Jesus Christ of the Latter-day Saints,' popularly known as 'Mormons,' is valid." The response: "Negative." CDF, Response, 5 June 2001, in *AAS*, 9 (2001), 476.

[3] Luis LADARIA, "The Question of the Validity of Baptism Conferred in *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints*," in *ORE*, 1 August 2001, 4. The original Italian version is in *OR*, 16-17 July 2001, 6.

> understanding of the Christian doctrine. The teaching of the Mormons has a completely different matrix. … Such doctrinal diversity, regarding the very notion of God, prevents the minister of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints from having the intention of doing what the Catholic Church does when she confers Baptism, that is, doing what Christ willed her to do when he instituted and mandated the sacrament of Baptism. This becomes even more evident when we consider that, in their understanding, Baptism was not instituted by Christ but by God and began with Adam (cf. Book of Moses 6:64).

The next CDF judgement on baptismal formulas was given in 2008. The Congregation responded to two questions. "First question: Whether the Baptism conferred with the formulas, *I baptize you in the name of the Creator, and of the Redeemer, and of the Sanctifier* and *I baptize you in the name of the Creator, and of the Liberator, and of the Sustainer*, is valid? Second question: Whether the persons baptized with those formulas have to be baptized *in forma absoluta*?" The responses were negative to the first and affirmative to the second.[4] A theological commentary was again included with the Responses in their initial publication in *L'Osservatore Romano*.[5] In it, Antonio Miralles states: "The Church has no right to change what Christ himself has instituted. Therefore, any Baptism is invalid when it does not contain the invocation of the Most Holy Trinity, with the distinct expression of the three Persons with their respective names."[6] Clearly, the two formulas are invalid because they do not use the words of the Holy Trinity—the Father, the Son, and the Holy Spirit. Even if the minister using one of these formulas has every intention of doing what the Church does when it baptizes, the words he uses distort the sacramental form as instituted by Christ. Consequently, this CDF ruling is not based on a defective intention but on the use of an aberrant form that is invalid irrespective of the minister's intention.

We now turn to address our principal question. Is the CDF response on the invalidity of the We-formula based on the minister's defective intention to include others in the act of baptizing, or is the formula invalid irrespective of the minister's intention? We shall first consider the teaching of the *auctores probati*.

4 CDF, Responses, 1 February 2008, in *AAS*, 100 (2008), 200.

5 Antonio MIRALLES, "La Chiesa non ha il diritto di cambiare ciò che Cristo stessa ha istituito," in *OR*, 1 March 2008, 6-7.

6 MIRALLES, "A New *Response* of the Congregation for the Doctrine of the Faith on the Validity of Baptism," at www.vatican.va. Note that the English version on the Vatican website has a different title than the original Italian.

2.2 — The Authors

Traditional authors, mainly moral theologians and canonists, commonly have agreed on five essential elements of the baptismal form.[7] For validity, the formula used must express (1) the one baptizing (the "I"), although not all authors thought this necessary;[8] (2) the one being baptized (the "you"); (3) the act of baptizing (I "baptize"); (4) the unity of the divine nature ("in the name of"—singular, not "names" of); and (5) the trinity of divine persons (Father, Son, and Holy Spirit).[9] A baptismal formula was considered invalid if any of the above was omitted or expressed the contrary.[10] Substitutions of these words with synonyms do not affect validity if they are not substantial modifications that would alter the meaning of the sacramental form, and if they are not motivated by an intention to act contrary to what the Church intends when it baptizes.

The authors offered a number of examples for each of these five categories, discussing whether the altered wording was valid, invalid, or doubtfully valid. Often, the judgement concerning validity was based on the context of the action, which determined the meaning of the word. All alterations were considered illicit and, if deliberate, gravely sinful, but not all would invalidate. For example, in place of the word "baptizo," a variety of synonyms were considered valid (*abluo*, *mergo*, *tingo*, *lavo*, etc.) because the sacramental action indicates the word's meaning[11] and expresses the intention of the minister to perform the sacramental washing with water.[12] On the other hand, to say "I *anoint* you (*ego te ungo*) in the name of …" is invalid, as it is not a synonym for the baptismal washing and does not correspond to the action taking place.[13] Authors disagreed whether the English word "I *christen* you in the name …" is valid. Some thought "christen" to be simply a synonym

[7] Some authors reduced this list to four by combining the fourth and the fifth.

[8] Suarez, for example, maintained that it was uncertain that the expression of the person of the minister is essential. Cf. Matthaeus Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleriet scholarum*, vol. 1, *De Sacramentis, Tractus canonicus*, Turin/Rome, Marietti, 1953, 76, no. 110 (= Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici*).

[9] T. Torquebiau, "Baptême en Occident," dans *DDC*, vol. 2, 116.

[10] Eduardus F. Regatillo, *Ius Sacramentarium*, 3rd ed., Santander, Sal Terrae, 1960, 33, no. 38.

[11] Arthurus Vermeersch, *Theologiae moralis principia, responsa, consilia*, vol. 3: *De personis, De Sacramentis, De legibus Ecclesiae et censuris*, 4th ed., Rome, Pontificia Università Gregoriana, 1948, 131, no. 204 (= Vermeersch, *Theologiae moralis principia*).

[12] See Joseph Waldron, *The Minister of Baptism*, The Catholic University of America Canon Law Studies 170, Washington, CUA, 1942, 144 (= Waldron, *The Minister of Baptism*).

[13] Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici*, 76, no. 112.

and thus valid,[14] whereas others thought it doubtful[15] or invalid.[16] Some other examples discussed by the authors include the following.

- *I baptize you in the name of the Father, and of the Son, and of the Holy Spirit and of the Blessed Virgin Mary*. The addition of the Blessed Virgin Mary to the formula is valid if done purely out of devotion (albeit misguided devotion), but it would be invalid if the minister intends to make the Mother of God equivalent to the three divine persons or otherwise intends something other than what the Church intends when it baptizes.[17]
- *I baptize in the name …* is invalid, because the identity of the one being baptized is not expressed at all (the "you"). However, *I baptize Martha in the name …* is valid. Substituting the "you" with the person's name or a title like "Servant of God" or "Your Majesty" does not invalidate,[18] because the identity of the one being baptized is certain from the act performed.[19]
- *I baptize you* ***with*** *the name …* is valid if the intention is not defective, but *I baptize you* ***on the authority of*** *God the Father …* is doubtfully valid.[20]
- *I baptize you in the name of God the Father, and of God the Son, and of God the Holy Spirit*. The threefold addition of the word "God" does not invalidate unless the minister wants to express a belief in three Gods.[21]
- Changing the names of Father, Son, and Holy Spirit to other names, even if theologically correct (e.g., *Genitoris, Geniti et Spirati*), would be invalid since the trinity of divine persons could not be made explicit

[14] Augustino LEHMKUHL, *Theologia moralis*, 10th ed., Freiburg, Herder, 1902, vol. 2, 48 (= LEHMKUHL, *Theologia moralis*).

[15] Eduard GÉNICOT and Joseph SALSMANS, *Institutiones theologiae moralis*, 17th ed. prepared by Albert GORTEBECKE, Brussels, L'Édition Universelle, 1958, vol. 2, 31 (= GÉNICOT and SALSMANS, *Institutiones theologiae moralis*).

[16] "Those who deny its validity do so with the argument that such a word not only fails to signify an ablution etymologically, but also in common usage falls short of denoting for a certainty the act of sacred ablution in baptism." See WALDRON, *The Minister of Baptism*, 144.

[17] VERMEERSCH, *Theologiae moralis principia*, 132, no. 205.

[18] CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, 76, no. 111(b).

[19] LEHMKUHL, *Theologia moralis*, 48.

[20] Ibid., 49.

[21] VERMEERSCH, *Theologiae moralis principia*, 132, no. 206.

> by terms that all the faithful must and can comprehend.[22] Thus, even though these words may be considered theologically as synonyms for the persons of the Trinity, they are invalid because the community would not understand them.

These authors, all of the Latin Church *sui iuris*, needed to give particular attention to the formula of baptism in the Byzantine rite: *The servant of Christ is baptized in the name of the Father, and of the Son, and of the Holy Spirit*. Obviously, the identities of the one baptizing (the "I") and the one being baptized (the "you") are not explicit in this valid formula. Instead, the authors asserted that they are implicit. The "servant of Christ" being baptized in the Byzantine form substitutes for the "you" in the Roman Rite. The Byzantine use of the passive voice, "is baptized," implies being baptized *by me* (*baptizatur a me*).[23] This is evident in virtue of the action taking place: the "I" is the priest who is speaking and performing the ablution; the "you" is the servant of God being baptized by him.[24] The meaning of the words is manifested in the context of the action being performed.

The Byzantine baptismal formula is cherished in the East because of the doctrinal truth that it expresses, namely, that Christ is the minister of all the sacraments.[25] In his Baptismal Instructions, Saint John Chrysostom taught that, "when the priest is baptizing, he does not say, 'I baptize so-and-so, but so-and-so is baptized in the name of the Father and of the Son and of the Holy Spirit.' In this way he shows that *it is not he* who baptizes but those whose names have been invoked, the Father, the Son, and the Holy Spirit."[26] This teaching is still current among those who observe the Byzantine rite, including Catholics.[27]

22 Ibid., no. 206. Vermeersch writes that reasons for the invalidity of such substitutions is "quia Trinitas Personarum non explicatur vocibus quibus a fidelibus omnibus apprehendi debet et potest."

23 Ibid. 131, no. 203 (1).

24 "Persona baptizantis, quae saltem implicite exprimena est, ut fit in forma Graecorum per vocem *Baptizatur* sumptam cum adiuctis in quibus pronuntiatur." Eduardus GÉNICOT and Joseph SALSMANS, *Institutiones theologiae moralis*, 17th ed. prepared by Albert GORTEBECKE, Brussels, L'Édition Universelle, 1958, vol. 2, 31.

25 *Sacrosanctum concilium*, 7.

26 *Bapt. Instr*. 11, 14, PAPADOPOULOS-KERAMEUS, VGS 170; cited in Thomas M. FINN, *The Liturgy of Baptism in the Baptismal Instructions of St. John Chrysostom*, Washington, The Catholic University of America Press, 1967, 173.

27 See, e.g., THE BYZANTINE CATHOLIC ARCHEPARCHY OF PITTSBURGH, "Holy Christening Baptism according to the Practice of the Byzantine Rite," at www.archpitt.org/holy_christening.

2.3 — Invalidity Due to Defective Intention?

In response to a *dubium* submitted by the Canadian Conference of Catholic Bishops concerning a doubtful baptismal formula, the CDF responded in 2012 that, "while such additions or modifications must be examined on a case-by-case basis, they often manifest a lack of intention to do what the Church does, in which case they would render a baptism invalid."[28] Is the lack of this proper intention the source of the We-formula's invalidity? Three arguments may be adduced in favour of the hypothesis that the basis for the CDF decision on the invalidity of the We-formula is the defective intention of the minister. The first is a response of the Congregation for Divine Worship and the Discipline of the Sacraments (CDWDS), published in 2003, affirming that the We-formula is valid; the second and third are based on the teaching of the canonical-moral tradition discussed above and on the Doctrinal Note accompanying the CDF Responses of 2020.

1. *A response of the CDWDS held that the We-formula is valid*

In 2003, a private reply from the CDWDS, signed by the Undersecretary, was published in *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions*. The Reply was on the validity of the use of the We-formula.

> This Congregation for Divine Worship and the Discipline of the Sacraments acknowledges receipt of your letter [dated], in which you inquire concerning the validity of Baptism administered according to a form employing the first person plural, rather than the singular.
>
> Please be assured that the form that you describe, and in the manner that you describe it, does not cast into doubt the validity of the Baptism conferred. That is, if the three divine Persons are named specifically as Father, Son and Holy Spirit, the use of the first person plural does not invalidate the conferral of the Sacrament.
>
> The liceity of such a celebration, however, is quite another matter. This matter should not cause the faithful any distress as regards their own participation, but it is the responsibility of the celebrant of Baptism to confer the Sacrament in a way that is licit as well as valid, and any infraction such as the one you describe should be brought immediately to the attention of the local Bishop in his capacity as moderator of the liturgical life of the diocese (cf. canon 835, § 1; Decree on the Pastoral Office of Bishops in the Church, *Christus Dominus* 15; The Dogmatic Constitution on the

[28] CCCB Episcopal Commission for Doctrine, Guidelines for the Recognition of Baptism, http://rcchurch.com/uploads/Baptism_Guidelines_web.pdf, footnote 3.

Church *Lumen Gentium*, 26). It would be important to make clear in any such communication that your concern pertains to liceity rather than to the validity of the Sacrament.[29]

This reply from the liturgy Congregation addresses only the wording of the We-formula, asserting that it does not invalidate the sacrament. However, it does not consider the issue of the proper intention of the minister who uses the We-formula. The reply presumes that the minister has the intention to do what the Church does when it baptizes. Consequently, if this CDWDS reply published in 2003 is correct, the basis for the invalidity of the We-formula can only be a defective intention on the part of the minister.

2. *The substitution of a synonym or a change in wording may be valid or invalid depending on the intention of the minister*

In some contexts, the plural form "We" is conventionally substituted, or may be substituted, for the singular "I." In academic writing, authors often use "We" in place of "I" to lend their text a greater sense of authority and objectivity, and also to bring the reader into the discussion. Also, the "royal We" (or "majestic We") has been used by monarchs, nobles, and sometimes bishops and other ecclesiastical authorities. Until the papacy of John Paul II, it had been used for centuries by the Roman Pontiffs in their public appearances, and it is still employed in important papal documents. For example, in the conclusion of his Apostolic Constitution *Veritatis gaudium* on ecclesiastical universities and faculties, Pope Francis writes: "Quae hac Constitutione apostolica **decrevimus, iubemus** omnibus in suis partibus serventur, contrariis quibusvis nihil obstantibus, etiam peculiari mentione dignis, et publici iuris fiant per editionem in Commentariis officialibus *Acta Apostolicae Sedis*."[30] He uses the first-person plural: "We decree, we command." The vernacular translations on the Vatican website, however, translate this in the singular: "I decree, I command." The "We" and the "I" are interchangeable.

29 CONGREGATION FOR DIVINE WORSHIP AND THE DISCIPLINE OF THE SACRAMENTS, Question concerning validity of baptism when minister uses "we" rather than "I," Private, *RR 2003*, 17-18.
On the basis of this reply, I had stated in one of my books that the illicit We-formula is valid. See John M. HUELS, *Liturgy and Law: Liturgical Law in the System of Roman Catholic Canon Law*, Montreal, Wilson & Lafleur, 2006, 193; id., *Liturgie et droit: Le droit liturgique dans le système du droit canonique de l'Église catholique*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 212.

30 FRANCIS, Apostolic Constitution *Veritatis gaudium* on ecclesiastical universities and faculties, 8 December 2017, in *AAS*, 110 (2018), 34.

Since the plural "We" means the singular "I" in some contexts, is its substitution for "I" in the baptismal formula valid if that is the intention of the minister? It is not hard to imagine the case of a misguided and uninformed, or narcissistic, minister who had used the We-formula to add some sense of pomp and majesty to the baptismal celebration, or for some other extraneous motive, but without intending to include anyone but himself in the meaning of the We and who, despite his gravely illicit and perhaps culpable use of said formula, may still have intended to do what the Church does when it baptizes.

There are some indications from the Doctrinal Note accompanying the CDF Responses that the effect of the minister's intention may have been paramount. The Note begins:

> Recently there have been celebrations of the Sacrament of Baptism administered with the words: "In the name of the father and of the mother, of the godfather and of the godmother, of the grandparents, of the family members, of the friends, in the name of the community we baptize you in the name of the Father and of the Son and of the Holy Spirit". Apparently, **the deliberate modification of the sacramental formula was introduced to emphasize the communitarian significance of Baptism**, in order to express the participation of the family and of those present, and to avoid the idea of the concentration of a sacred power in the priest to the detriment of the parents and the community that the formula in the *Rituale Romanum* might seem to imply. **With debatable pastoral motives**, here resurfaces the ancient temptation to substitute for the formula handed down by Tradition other texts judged more suitable [emphasis mine].

The emphasized words highlight the significance of the minister's intention in changing the wording of the form of baptism. The change is pre-meditated, deliberate, and intended to emphasize the communitarian significance of baptism for debatable pastoral motives. Later, the Doctrinal Note states that "the minister does not have the authority to … declare that he is acting on behalf of the parents, godparents, relatives or friends, nor in the name of the assembly gathered for the celebration." These remarks are based on a formula which makes evident the defective intention. The minister is said to have included those he was intending by the "We," namely, the father and the mother, the godfather and godmother, the grandparents, etc. This elaboration of those included in the "We" clarify that such an intention is invalid for the theological reasons that the Doctrinal Note elaborates. However, it does not address the issue of a minister who used the We-formula without mentioning anyone else and who had no intention of including anyone other than "I".

3. *The identity of the one baptizing may be implicit in the baptismal formula in virtue of the sacramental action being performed*

As noted above, the common, but not unanimous, opinion of the authors has been that the baptismal formula must express the identity of the one baptizing, the "I." Yet, reflecting on the Byzantine formula, in which the passive voice is used, these same authors concluded that this identity may be implicit. "The Servant of God *is baptized*," according to the Eastern form, and the Latin authors concluded that this implies that the person being baptized is the Servant of God who is baptized "by me." However, this is not at all grammatically certain. The passive voice could equally imply that the Servant of God is baptized by everyone present. What makes the "I" implicit is the action of the minister performing the ablution. Only he is baptizing. Is it not, therefore, the same thing to say that the identity of the one baptizing using the We-formula is made evident in the baptismal washing that he is here and now performing alone?

2.4 — Invalidity Due to a Defect of Form?

Since the word "We" may mean "I" in some contexts, and since the identity of the "We" used in the baptismal formula is implicit in the action taking place, does it not follow that the We-formula is valid or invalid depending on the intention of the minister? While this question is arguable in the abstract and could have been convincing before the CDF had issued its Responses in 2020, it is no longer sustainable on the basis of the clear wording of the Responses. These affirm that the We-formula is invalid, not allowing any exceptions, and that anyone who had been invalidly baptized with this formula must be baptized absolutely. The above-quoted private reply of the Congregation for Divine Worship and the Discipline of the Sacraments, published in 2003, may no longer be considered correct. In any case, that Congregation lacks the competence to make an authentic response to a dubium on a doctrinal matter, which competence pertains only to the supreme authority and the CDF.

If defective intention had played the decisive role in the CDF decision, then baptisms using this formula would be doubtful, requiring in each case an investigation into the intention of the minister in accord with the *Code of Canon Law* (c. 869) and the ecumenical directory.[31] The investigation would have sought to answer whether the minister using the We-formula had intended to do what the Church does when it baptizes, that is, intending only himself as the one baptizing, or whether he had intended to include others in his action.

[31] PONTIFICAL COUNCIL FOR PROMOTING CHRISTIAN UNITY, *Directory for the Application of the Principles and Norms on Ecumenism*, 25 March 1993, in *AAS*, 85 (1993), 1039-1119, no. 95.

The CDF requirement of a valid baptism *in forma absoluta*, however, makes it evident that the use of the We-formula is *per se* invalid even if the minister had the correct intention to do what the Church does when it baptizes. In addition, the Doctrinal Note accompanying the CDF Responses relativizes, or even subjugates, the interior intention of the minister to the exterior acts of the baptismal words and actions. It states: "The intention therefore [to do what the Church does when it baptizes] cannot remain only at the interior level, with the risk of subjective distractions, but must be expressed in the exterior action constituted by the use of the matter and form of the Sacrament."

It seems, then, that the real reason why the We-formula is invalid is because it does not *communicate* the intention of the Church. It is ambiguous, uncertain, and liable to misinterpretation. In the above discussion on the traditional authors, we saw that using some synonyms would invalidate the baptismal form if the faithful would not understand the meaning being expressed. Although the minister might intend "I" when he says "We," and even though only the "I" is implied in the baptismal ablution performed by one minister, nevertheless, the minister's uttering "We" does not communicate this. The word "We" belies the action. The community that hears "We" would likely understand that they are included somehow in the sacramental act of baptism—not just in their proper liturgical roles as parents, godparents, and gathered community—but also as the minister(s) of baptism. The use of "We" is invalid because, to use the words of Vermeersch, it does not explain what "must and can be comprehended by all the faithful." The community does not understand "I" when it hears "We."

Conclusion

It is not just the intention of the minister—the meaning he wants to convey with the words he uses—which must be considered in assessing the validity of the form that is used. It is also the effect of his words on those present, irrespective of his good intentions. The CDF Responses on the We-formula are rooted in the importance of the Christian community in the celebration of the sacrament of baptism and in every liturgical celebration (c. 837). The faithful, moreover, have the fundamental right to the sacraments (c. 213) in accord with the approved liturgical rites (cc. 834 §2, 846 §1). Ironically, the minister who says "We"—rather than inclusively extending the community's role in the sacramental action—instead compromises their right and devalues their dignity by confusing them with a word that belies the sacramental action and does not correspond to what the Church intends when it celebrates the sacrament of baptism as instituted by Christ.

Appendix

RÉPONSES AUX QUESTIONS
sur la validité du Baptême conféré avec la formule: *« Nous te baptisons au nom du Père et du Fils et du Saint-Esprit »*

QUESTIONS

1) Le Baptême conféré avec la formule: « *Nous te baptisons au nom du Père et du Fils et du Saint-Esprit* » est-il valide?
2) Les personnes dont on a célébré le Baptême avec la formule ci-dessus doivent-elles être baptisées de manière absolue?

RÉPONSES

– *À la première question:* Non
– *À la deuxième question:* Oui

Le Souverain Pontife François, au cours de l'Audience accordée au Cardinal Préfet soussigné le 8 juin 2020, a approuvé les présentes Réponses et en a ordonné la publication.

Donné à Rome, le 24 juin 2020, en la solennité de la Nativité de Saint Jean-Baptiste, au Siège de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi.

Luis F. Card. Ladaria, S.I.
Préfet

✠ Giacomo Morandi
Archevêque tit. de Cerveteri
Secrétaire

* * *

NOTE DOCTRINALE
sur la modification de la formule sacramentelle du Baptême

Au cours de récentes célébrations, le sacrement du Baptême a été administré avec les paroles suivantes: « Au nom du papa et de la maman, du parrain et de la marraine, des grands-parents, des membres de la famille, des amis, au nom de la communauté, nous te baptisons au nom du Père et du Fils et du Saint-Esprit ». Apparemment, la modification délibérée de la formule sacramentelle a été introduite pour souligner la valeur communautaire du

Baptême, exprimer la participation de la famille et des personnes présentes, et éviter l'idée d'une concentration du pouvoir sacré dans le prêtre, au détriment des parents et de la communauté, ce que véhiculerait la formule du Rituel romain[1]. Avec des motivations douteuses de nature pastorale[2], ressurgit ici la vieille tentation de remplacer la formule traditionnelle par d'autres textes jugés plus adaptés. À ce sujet, saint Thomas d'Aquin s'était déjà posé la question « utrum plures possint simul baptizare unum et eundem », à laquelle il avait répondu négativement, au motif qu'il s'agissait d'une pratique contraire à la nature du ministre[3].

Le Concile Œcuménique Vatican II affirme: « Quand on baptise, c'est le Christ lui-même qui baptise »[4]. L'affirmation de la Constitution liturgique *Sacrosanctum concilium*, inspirée d'un texte de saint Augustin[5], vise à ramener la célébration sacramentelle à la présence du Christ, non seulement au sens où il y transfuse sa virtus pour lui donner de l'efficacité, mais surtout pour indiquer que le Seigneur est le protagoniste de l'événement célébré.

En effet, lorsque l'Église célèbre un sacrement, elle agit comme un Corps qui opère sans se séparer de sa Tête, dans la mesure où c'est le Christ Tête qui agit dans le Corps ecclésial qu'il a engendré dans le mystère de la Pâque[6]. La doctrine de l'institution divine des sacrements, solennellement affirmée par le Concile de Trente[7], trouve ainsi son développement naturel et son interprétation authentique dans l'affirmation déjà citée de *Sacrosanctum concilium*.

Les deux Conciles sont donc en harmonie complémentaire, quand ils déclarent l'indisponibilité absolue du septénaire sacramentel à l'action de l'Église. Les sacrements, en effet, dans la mesure où ils ont été institués par Jésus-Christ, sont confiés à l'Église afin qu'elle les préserve. Il est évident que l'Église a beau être établie par l'Esprit Saint, interprète de la Parole de Dieu, avec le pouvoir de déterminer dans une certaine mesure les rites qui expriment la grâce sacramentelle offerte par le Christ, elle ne dispose pas des fondements mêmes de son existence : la Parole de Dieu et les actes salvifiques du Christ.

On comprend donc comment, au cours des siècles, l'Église a soigneusement préservé la forme de célébration des sacrements, surtout les éléments qu'atteste l'Écriture et qui permettent de reconnaître avec une clarté absolue le geste du Christ dans l'action rituelle de l'Église. Le Concile Vatican II a également établi que « personne, fût-ce un prêtre, n'ajoutera, n'enlèvera, ou ne changera rien, de sa propre initiative, dans la liturgie »[8]. Modifier de sa propre initiative la forme de célébration d'un sacrement ne constitue pas un simple abus liturgique, la transgression d'une norme positive, mais un *vulnus* infligé à la fois à la communion ecclésiale et à la reconnaissance de l'action

du Christ, ce qui, dans les cas les plus graves, rend le sacrement lui-même invalide, car la nature de l'action ministérielle est de transmettre fidèlement ce qui a été reçu (cf. 1 Co 15, 3).

En effet, dans la célébration des sacrements, le sujet est l'Église-Corps du Christ avec sa Tête, qui se manifeste dans l'assemblée concrète réunie[9]. Cette assemblée, cependant, agit de façon ministérielle − et non collégiale − car aucun groupe ne peut se faire Église par lui-même, mais elle devient Église en vertu d'un appel qui ne peut surgir de l'intérieur de l'assemblée elle-même. Le ministre est donc un signe-présence de Celui qui rassemble et, en même temps, le lieu de communion de toute assemblée liturgique avec toute l'Église. En d'autres termes, le ministre est un signe extérieur du fait que le sacrement n'est pas soumis à l'action arbitraire d'une personne ou d'une communauté, et que le sacrement appartient à l'Église universelle.

C'est dans cette optique qu'il faut comprendre la règle tridentine de la nécessité, pour le ministre, d'avoir au moins l'intention de faire ce que fait l'Église[10]. L'intention ne peut cependant pas rester uniquement à un niveau intérieur, avec le risque d'une dérive subjective, mais elle s'exprime dans l'acte extérieur qui est posé, avec l'utilisation de la matière et de la forme du sacrement. Un tel acte ne peut que manifester la communion entre ce que le ministre accomplit dans la célébration de chaque sacrement individuel et ce que l'Église accomplit en communion avec l'action du Christ lui-même : il est donc fondamental que l'action sacramentelle soit accomplie non pas en son propre nom, mais dans la personne du Christ, qui agit dans son Église, et au nom de l'Église.

Par conséquent, dans le cas spécifique du sacrement du Baptême, non seulement le ministre n'a pas l'autorité de disposer à son gré de la formule sacramentelle, pour les raisons de nature christologique et ecclésiologique exposées ci-dessus, mais il ne peut même pas déclarer qu'il agit au nom des parents, des parrains, des membres de la famille ou des amis, ni même au nom de l'assemblée elle-même réunie pour la célébration, car le ministre agit comme un signe-présence de l'action même du Christ qui s'accomplit dans le geste rituel de l'Église. Lorsque le ministre dit: «Je te baptise...», il ne parle pas comme un fonctionnaire qui joue un rôle qui lui a été confié, mais il agit ministériellement comme un signe-présence du Christ, qui agit dans son Corps, donnant sa grâce et faisant de cette assemblée liturgique concrète une manifestation «de la nature authentique de la véritable Église»[11], parce que «les actions liturgiques ne sont pas des actions privées, mais des célébrations de l'Église, qui est "le sacrement de l'unité", c'est-à-dire le peuple saint réuni et ordonné sous l'autorité des évêques»[12].

Modifier la formule sacramentelle signifie aussi ne pas comprendre la nature même du ministère ecclésial, qui est toujours le service de Dieu et de son peuple, et non l’exercice d’un pouvoir qui va jusqu’à manipuler ce qui a été confié à l’Église par un acte qui appartient à la Tradition. En tout ministre du Baptême doit donc s’enraciner non seulement la conscience de devoir agir dans la communion ecclésiale, mais aussi la conviction que saint Augustin attribue au Précurseur, qui «a appris qu’il y aurait dans le Christ une propriété telle que, malgré la multitude de ministres, saints ou pécheurs, qui baptiseraient, la sainteté du Baptême ne pourrait être attribuée qu’à celui dont descendit la colombe et dont il a été dit: “C’est lui qui baptise dans l’Esprit Saint” (Jn 1, 33)». Augustin commente donc: « Si Pierre baptise, c’est le Christ qui baptise; si Paul baptise, c’est le Christ qui baptise; et même si Judas baptise, c’est le Christ qui baptise »[13].

---

[1] En réalité, une analyse attentive du Rituel du Baptême des Enfants montre que, dans la célébration, les parents, les parrains et toute la communauté sont appelés à jouer un rôle actif, un véritable office liturgique (cf. *Rituale Romanum ex Decreto Sacrosancti Œcumenici Concilii Vaticani II instauratum auctoritate Pauli PP. VI promulgatum*, *Ordo Baptismi Parvulorum*, Prænotanda, nn. 4-7), qui, selon la demande conciliaire, implique que « chacun, qu’il soit ministre ou fidèle, en s’acquittant de sa fonction, fera seulement, mais intégralement ce qui lui revient de par la nature de la chose et les normes liturgiques » (Concile Œcuménique Vatican II, Const. *Sacrosanctum concilium*, n. 28).

[2] Le recours à la motivation pastorale masque souvent, même inconsciemment, une dérive subjective et une volonté manipulatrice. Déjà au siècle dernier, Romano Guardini rappelait que si, dans la prière personnelle, le croyant peut suivre l’impulsion de son cœur, dans l’action liturgique, « il doit s’ouvrir à une autre impulsion, d’origine plus puissante et plus profonde, venant du cœur de l’Église qui bat à travers les siècles. Ici, peu importe ce qui lui plaît personnellement ou lui semble souhaitable à ce moment... » (R. Guardini, *Vorschule des Betens*, Einsiedeln/Zürich, 1948[2], p. 258).

[3] *Summa Theologiæ*, III, q. 67, a. 6 c.

[4] Concile Œcuménique Vatican II, Const. *Sacrosanctum concilium*, n. 7.

[5] S. Augustin, *In Evangelium Ioannis tractatus*, VI, 7.

[6] Cf. Concile Œcuménique Vatican II, Const. *Sacrosanctum concilium*, n. 5.

[7] Cf. DH, n. 1601.

[8] Concile Œcuménique Vatican II, Const. *Sacrosanctum concilium*, n. 22 § 3.

[9] Cf. *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1140: « Tota communitas, corpus Christi suo Capiti unitum, celebrat » et n. 1141: « Celebrans congregatio communitas est baptizatorum ».

[10] Cf. DH, n. 1611.

[11] Concile Œcuménique Vatican II, Const. *Sacrosanctum concilium*, n. 2.

[12] Ibid., n. 26 § 3.

[13] S. Augustin, *In Evangelium Ioannis tractatus*, VI, 7.

Studia canonica 54 | 2020, 495-509
doi: 10.2143/STC.54.2.3289267

LA NOTION D'« ÉGLISE PLEINEMENT CONSTITUÉE »

ALPHONSE KY-ZERBO

RÉSUMÉ — La notion d'« Église pleinement constituée » ne peut être bien comprise que si elle est replacée dans le cadre de l'action missionnaire spécifique. Les critères qui servent à la déterminer sont à retrouver non seulement dans les dispositions législatives des codes de 1983 et de 1990 reliées à leurs sources conciliaires, mais également dans la décision de l'autorité suprême fondée sur des éléments d'ordre pratique. L'« Église pleinement constituée » est la jeune église devenue autonome et reconnue comme telle par l'autorité suprême. Elle est une Église particulière à part entière capable d'apporter sa contribution à l'Église universelle.

SUMMARY — The concept of "fully established Church" can only be understood if it is situated within the framework of specific missionary action. The criteria used to determine it are to be found not only in the legislative provisions of the 1983 and 1990 codes related to their conciliar sources, but also in the decision of the supreme authority based on elements in the practical order. The "fully established Church" is the young church which has become autonomous and recognised as such by the supreme authority. It is a particular Church in its own right capable of making its contribution to the universal Church.

Introduction

L'expression « *Ecclesiae plene constituantur* » est, selon Roland Jacques, un *hapax legomenon*[1] dans le Code de Droit canonique de 1983 dans la mesure où elle n'apparaît que dans le seul canon 786. Cet état de fait peut en rendre la compréhension ardue.

[1] Cf. Roland JACQUES, « La notion canonique de 'jeunes églises' (canon 786) et les 'moyens suffisants' pour l'exercice du ministère épiscopal, » dans *StC*, 36 (2002), 321 (= JACQUES, « La notion canonique »).

En matière d'interprétation des lois, malgré le sens propre des mots dans le texte et le contexte, lorsque le sens d'une loi demeure obscur ou douteux, il est de coutume de recourir aux lieux parallèles, à la fin et aux circonstances de la loi ainsi qu'à l'esprit du législateur[2]. Nous allons donc recourir à la récurrence de l'emploi de l'adverbe « *plene* » dans le Code afin de mieux cerner ce que signifie la notion de « *Ecclesiae plene constituantur* ».

L'adverbe « *plene* » – en français, pleinement – se retrouve dans huit canons du Code de droit canonique de 1983[3]. Dans ces canons, il a le sens de totalité, de plénitude, d'entièreté, ne laissant de place ni au partiel, ni à l'incomplet, encore moins à l'inachevé. Par conséquent, il a pour synonymes les adverbes entièrement, totalement et l'adjectif total. Quand il est rapporté à une activité, celle-ci n'admet aucun partage. C'est le cas du dévouement des diacres mariés[4]. En outre, parmi ces mêmes canons contenant l'adverbe « *plene* », certains décrivent explicitement les critères objectifs qui caractérisent la plénitude ou attestent de sa présence et par voie de conséquence, sa signification[5]. D'autres supposent simplement ces critères de détermination de la plénitude[6].

L'emplacement dans le code de droit canonique du canon 786 qui contient l'expression « *Ecclesiae plene constituantur* » peut également nous aider pour la juste compréhension de cette dernière. Le canon 786 se situe dans le livre III du Code de Droit canonique de 1983 intitulé la fonction d'enseignement de l'Église et plus précisément sous le titre II *De actione Ecclesiae missionali*, dans lequel sont traitées la nature missionnaire de l'Église en général et l'action proprement missionnaire (*actio proprie missionalis*)[7] de l'Église en particulier.

2 Cf. c. 17.

3 Canons 205, 281 §3, 404 §3, 668 §§4 et 5, 706, 2°, 786, 839 §2 et 922.

4 Canon 281 §3. « Les diacres mariés qui se dévouent entièrement au ministère ecclésiastique méritent une rémunération leur permettant de subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille ; mais ceux qui, en raison d'une profession civile qu'ils exercent ou ont exercée, reçoivent une rémunération, pourvoiront à leurs besoins et à ceux de leur famille avec ces revenus ».

5 Cf. c. 205. « Sont pleinement dans la communion de l'Église catholique sur cette terre les baptisés qui sont unis au Christ dans l'ensemble visible de cette Église, par les liens de la profession de foi, des sacrements et du gouvernement ecclésiastique ».

6 Cf. cc. 668 §§4-5, 839 §2 et 922.

7 L'action proprement missionnaire se définit comme « les initiatives particulières par lesquelles les prédicateurs de l'Évangile envoyés par l'Église et allant dans le monde entier s'acquittent de la tâche d'annoncer l'Évangile et d'implanter l'Église parmi les peuples ou les groupes humains qui ne croient pas encore au Christ ». CONCILE ŒCUMÉNIQUE VATICAN II, Décret conciliaire *Ad gentes* (*AG*) n° 6.

À cet endroit et de par son contenu, le canon 786 apparaît comme un canon doctrinal relatif à l'action missionnaire. Sa pleine signification et ses contours définitifs seront saisis en faisant non seulement recours aux dispositions disciplinaires, mais aussi aux textes doctrinaux qui livrent l'esprit du législateur. Il importera donc de se référer autant à ses sources conciliaires qu'à d'autres textes magistériels y relatifs[8].

Ces préliminaires ayant été posés, il importe de mettre en lumière la signification de l'Église pleinement constituée. La notion d'« Église pleinement constituée » (II) ne peut se comprendre que si le sens d'« Église hiérarchiquement constituée » est défini (I), car celle-ci constitue la phase préalable du processus de réalisation de l'« Église pleinement constituée ».

1 — *L'Église hiérarchiquement constituée en diocèse*

Plusieurs éléments caractérisent l'Église hiérarchiquement constituée en diocèse dans le cadre de l'action proprement missionnaire ou l'activité missionnaire spécifique[9], c'est-à-dire de la mission *ad gentes*. Ils sont déterminés par des facteurs territoriaux, juridiques, politiques, ou sont liés à des moyens en personnel et en structures.

[8] Il s'agira notamment de la lettre encyclique *Redemptoris missio* du pape JEAN PAUL II publiée le 7 décembre 1990, dans *AAS*, 83 (1991), 249-340 (= *Redemptoris missio*).

[9] « L'activité missionnaire spécifique, ou mission *ad gentes*, s'adresse « aux peuples et aux groupes humains qui ne croient pas encore au Christ », à ceux qui sont loin du Christ », chez qui l'Église « n'a pas encore été enracinée » (*AG*, n° 6. 23 ; cf. n° 27) et dont la culture n'a pas encore été imprégnée de l'Évangile (Cf. PAUL VI, Exhort. ap. *Evangelii nuntiandi*, 8 décembre 1975, dans *AAS*, 58 (1976), 5-76, nn. 18-20 [= *Evangelii nuntiandi*].
Elle se distingue des autres activités de l'Église par le fait qu'elle s'adresse à des groupes et à des milieux non chrétiens parce que l'annonce de l'Evangile et la présence de l'Église y ont fait défaut ou ont été insuffisantes. Elle a donc pour caractère propre d'être une action d'annonce du Christ et de son Évangile, d'édification de l'Église locale et de promotion des valeurs du Royaume. La particularité de cette mission *ad gentes* vient de ce qu'elle s'adresse à des non-chrétiens. Il faut, par conséquent, éviter que cette « tâche plus spécifiquement missionnaire que Jésus a confiée et de nouveau confie chaque jour à son Église » (JEAN PAUL II, Exhort. ap. post-synodale *Christifideles laici*, 30 décembre 1988, dan *AAS*, 81 [1989], 393-521, n° 35) ne se dissolve dans la mission d'ensemble du peuple de Dieu tout entier et ne soit, de ce fait, négligée ou bien oubliée » (*Redemptoris missio*, n° 34).

1.1 — Éléments territoriaux

Les destinataires ou « sujets passifs »[10] de l'action proprement missionnaire[11] sont les peuples ou les groupes où l'évangile n'est pas encore annoncé et où l'Église n'est pas non plus encore implantée. À ces destinataires est appliqué le principe de territorialité pour les déterminer comme circonscription ecclésiastique[12]. Ils sont caractérisés, localisés et repérés comme territoires de mission, sans autre forme d'explication dans le canon 594 du Code des canons des Églises orientales : « Les territoires des missions sont ceux que le Siège Apostolique a reconnus comme tels »[13]. Ce critère territorial non seulement prend le dessus sur le critère personnel mais aussi semble éliminer tout autre motif pouvant déterminer ou caractériser la circonscription ecclésiastique de l'Église particulière selon ce qui est prévu au canon 372[14]. En d'autres termes, il semble que les peuples concernés par l'action proprement missionnaire ne soient pas et ne seront jamais érigés en circonscription ecclésiastique personnelle – au moins dans un premier temps.

1.2 — Marqueurs juridiques

Sous le régime du code de 1917 la création d'un diocèse dans les territoires de mission suivait bien souvent trois étapes : d'abord celle de la préfecture apostolique, ensuite celle du vicariat apostolique et enfin celle du

[10] Cf. Silvia RECCHI, « Chronique du consortium international 'droit canonique et culture'. L'implantation des Églises nouvelles et le problème de l'autofinancement des Églises d'Afrique Centrale. Une approche à partir du can. 786, » dans *AC*, 43 (2001), 419 (= RECCHI, « Chronique du consortium international »).

[11] « Les initiatives particulières par lesquelles les prédicateurs de l'Évangile envoyés par l'Église et allant dans le monde entier s'acquittent de la tâche d'annoncer l'Évangile et d'implanter l'Église parmi les peuples ou les groupes humains qui ne croient pas encore au Christ, sont communément appelées « missions »; elles s'accomplissent par l'activité missionnaire et sont menées d'ordinaire dans des territoires déterminés reconnus par le Saint-Siège » (*AG* 6).

[12] Qu'on pense à la définition du diocèse ou de la paroisse respectivement aux cc. 372 § 1 et 518.

[13] Canon 594 du Code des canons des Églises orientales; voir aussi les cc. 790 § 1, 790 § 1, 2°, 791, 2°, 791, 3°, 791, 4° et 792 pour le Code de droit canonique de 1983.

[14] Canon 372 § 1. En principe, la portion du peuple de Dieu qui constitue un diocèse ou une autre Église particulière sera circonscrite en un territoire déterminé de sorte qu'elle comprenne tous les fidèles qui habitent ce territoire.

§ 2. Cependant, là où au jugement de l'autorité suprême de l'Église après qu'elle ait entendu les conférences des Évêques concernées, l'utilité s'en fait sentir, des Églises particulières distinctes par le rite des fidèles ou pour toute autre raison semblable pourront être érigées sur ce territoire.

diocèse. En effet, avant d'en arriver à l'érection proprement dite d'un diocèse, la Congrégation *de Propaganda fide* créait d'abord une préfecture apostolique qu'elle confiait à des missionnaires. Cette préfecture apostolique, selon la progression ou l'affermissement de l'œuvre missionnaire ou même en fonction d'autres critères, passait par la suite au statut de vicariat apostolique avant de devenir un diocèse ; le diocèse étant la figure type par excellence de la circonscription ecclésiastique dans l'Église catholique romaine.

Les préfectures apostoliques, les vicariats apostoliques et les diocèses dans les territoires de mission sont sous la tutelle de la Congrégation pour l'Evangélisation des Peuples. Celle-ci les crée et leur fournit les moyens de l'œuvre d'évangélisation et de l'implantation de l'Église tout en les accompagnant. Du point de vue du régime juridique, les diocèses et les autres circonscriptions ecclésiastiques des territoires de mission sont sous le régime du droit commun, mais en même temps, ils émargent, pour certaines matières[15], au compte du droit missionnaire[16]. En effet, bien que constitués juridiquement, du point de vue institutionnel, ces circonscriptions ecclésiastiques de territoires de mission connaissent un régime juridique un peu spécial qui peut être qualifié de « mixte ». L'appartenance au régime juridique de droit commun et à celui du droit missionnaire provient de leur état d'Église particulière en voie de croissance connaissant une certaine fragilité qu'il faut accompagner par des dispositions plus souples au regard des dispositions du droit commun. Elles ont besoin d'être traitées avec faveur et délicatesse dans certains domaines de la vie ecclésiale.

1.3 — Facteurs politiques

Dans leur création en diocèses, certains territoires de mission ne sont pas passés par l'étape de la préfecture ni par celle du vicariat apostolique. Ils ont accédé directement au statut de diocèse c'est-à-dire d'Église particulière dotée d'une hiérarchie propre[17]. Ce fait est intervenu bien souvent pour des

[15] Par exemple les tribunaux de mariage à juge unique : cette disposition est entrée dans le droit commun avec FRANÇOIS, Lettre apostolique m.p. *Mitis iudex Dominus Iesus*, 15 août 2015, dans *AAS*, 107 (2015), 958-970.

[16] Le droit missionnaire est « l'ensemble des normes canoniques qui commandent l'activité missionnaire de l'Église ». Julio GARCIA MARTÍN, *L'azione missionaria nel Codex Iuris Canonici*, 2a edizione, Rome, Ediurcla, 2005, 11 (= GARCIA MARTIN, *L'azione missionaria*).

[17] Cf. *CCEO* c. 590.

raisons ou des impératifs politiques[18] plutôt que pour une nécessité pastorale. En effet, les critères à l'origine de l'érection d'un diocèse n'émargent pas uniquement au registre d'ordre juridique. Comme le fait remarquer Silvia Recchi, « ils sont souvent d'ordre pratique, sous l'influence de situations politiques et sociales ou de circonstances particulières »[19].

Peu importe, qu'elles aient été érigées directement en diocèses ou qu'elles soient passées par les étapes de préfecture et de vicariat apostoliques, ces Églises particulières demeurent encore jeunes. Elles ont besoin du soutien de la Congrégation pour l'Evangélisation des Peuples.

1.4 — Les moyens pour l'établissement d'une Église locale

Les canons 591 et 592 du Code des canons des Églises orientales[20] décrivent le contenu des moyens qui concourent à l'implantation de l'Église particulière locale[21]. Pour être implantée réellement, l'Église particulière nouvellement créée doit être pourvue d'une « hiérarchie propre » et disposer de catéchistes, de laïcs pour l'apostolat, d'instituts de vie consacrée et d'écoles.

C'est pourquoi les missionnaires, avant tout, doivent veiller, avec prudence, à promouvoir parmi les néophytes des vocations aux ministères sacrés afin de constituer au plus tôt un clergé autochtone[22]. Ils doivent également avoir pour tâche de former des catéchistes, coopérateurs efficaces des

[18] Par exemple dans la période des indépendances, plusieurs Églises d'Afrique sont devenues des diocèses.

[19] Recchi, « Chronique du consortium international », 418; voir aussi Velasio De Paolis, « La chiesa missionaria e il Codice del Concilio », in Luigi Sabbarese, *La Chiesa è missionaria. La ricezione nel Codice di Diritto Canonico*, Rome, Urbaniana University Press, 2009, 23.

[20] Leur parallèle et leurs sources se trouvent respectivement dans le c. 790 du Code de droit canonique de 1983 et dans les numéros 16 et 19 du décret conciliaire sur l'activité missionnaire de l'Église *Ad gentes*.

[21] On retrouvera la même description à quelques exceptions près dans le numéro 88 de la Constitution apostolique *Pastor bonus* du 28 juin 1988 quant aux tâches dévolues à la Congrégation pour l'Evangélisation des Peuples.

[22] Le numéro 16 du Décret *Ad gentes* va même plus loin : « On devra aussi choisir des prêtres capables qui, après une pratique pastorale d'une certaine durée, pourront mener à bon terme des études supérieures dans des universités même étrangères, surtout à Rome, et dans d'autres instituts scientifiques, en sorte que les jeunes Églises aient à leur disposition des prêtres venant du clergé local, dotés d'une science et d'une expérience convenables, pour remplir les fonctions ecclésiastiques plus ardues ». Cette promotion du clergé autochtone est un devoir de tout le peuple de Dieu, mais elle incombe principalement et particulièrement au Supérieur ecclésiastique ou Evêque diocésain, auquel est confiée l'Église particulière selon la disposition du canon 233 § 1 du Code de droit canonique de 1983.

ministres sacrés pour remplir des charges d'évangélisation et d'action liturgique (cf. c. 785). Il leur revient aussi d'encourager la naissance et l'épanouissement d'un laïcat qui collabore à l'évangélisation dans les différents secteurs de sa propre activité (cf. c. 394).

Ils doivent ensuite promouvoir des instituts de vie consacrée, en tenant compte du génie et des dispositions du peuple local. Cette promotion doit être faite non pas pour l'intérêt de la congrégation à laquelle ils appartiennent, dans le sens d'un recrutement et d'une relève à assurer, mais parce que la vie religieuse fait partie de la vie et de la nature de l'Église[23].

Enfin, une de leur tâche consistera à créer des écoles et des instituts d'éducation chrétienne et de progrès culturel. Et au jugement des Conférences épiscopales, si besoin est et si opportunité se présente, ajoute le décret conciliaire *Ad gentes* numéro 16, « l'ordre du diaconat devra être rétabli comme état de vie permanent, selon les dispositions de la Constitution sur l'Église »[24].

Bien qu'elle dispose de clergé local, de religieux, de laïcs, et qu'elle soit enrichie de ces ministères et institutions qui sont nécessaires pour diriger et développer la vie du Peuple de Dieu sous la conduite de l'évêque, il n'est toutefois pas exigé de l'Église constituée hiérarchiquement, qu'elle soit nantie de moyens suffisants[25]. Il suffit qu'elle jouisse d'une certaine stabilité dans ce domaine (cf. *AG* 19). Ce qui la caractérise essentiellement c'est d'avoir une hiérarchie propre.

Nous venons de mettre en lumière les éléments qui caractérisent la première phase de l'activité missionnaire proprement dite qui s'étend d'une part de l'absence d'annonce de l'évangile au début de son enracinement, et d'autre part de l'inexistence de l'Église en tant que circonscription ecclésiastique à l'érection d'un diocèse. Cette première phase a pour point d'aboutissement la naissance d'une nouvelle ou jeune Église avec une « hiérarchie propre ». C'est l'Église hiérarchiquement constituée qui, par sa croissance, ouvre le chemin vers une « Église pleinement constituée » qui possède à son tour des caractéristiques propres.

2 — *L'Église pleinement constituée*

Alors qu'elles sont constituées dans leur dimension hiérarchique dans un premier temps, les jeunes Églises, dans la seconde phase, doivent grandir et

[23] Voir à cet effet, GARCIA MARTIN, *L'azione missionaria*, 93.
[24] *AG* 16.
[25] *AG* 19.

progresser vers la stature d'Église pleinement constituée[26] dont les caractéristiques sont reconnues dans la présence d'un certain nombre d'éléments ou critères[27]. Ces derniers sont constitués de l'autosuffisance, de l'inculturation et de la capacité de ces jeunes Églises à poursuivre par elles-mêmes l'œuvre de l'évangélisation (cf. c. 786) qui seront confirmées ou attestées par d'autres critères dont notamment le passage de la tutelle de la Congrégation pour l'Evangélisation des Peuples à celle de la Congrégation pour les Evêques.

2.1 — L'autosuffisance

Dans le canon 786 du Code de droit canonique de 1983 l'énonciation, « lorsqu'elles sont munies de leurs propres forces et de moyens suffisants qui les rendent capables de poursuivre par elles-mêmes l'œuvre de l'évangélisation », décrit les critères de l'Église pleinement constituée. Il importe de relever qu'en lieu et place de celle-ci, le canon 590 du Code des canons des Églises orientales utilise plutôt cette autre énonciation, « … qu'elles puissent se prendre elles-mêmes en charge et assumer et continuer l'œuvre d'évangélisation »[28], pour exposer les mêmes critères. Le verbe « assumer » qu'on trouve dans cette seconde énonciation comporte une double signification : d'une part,

[26] Voir RECCHI, « Chronique du consortium international », 419.

[27] Ces derniers sont ainsi décrits par le numéro 19 du décret conciliaire *Ad gentes*. « Quand l'assemblée des fidèles est déjà enracinée dans la vie sociale et a épousé jusqu'à un certain point la culture locale, qu'elle jouit d'une certaine stabilité et solidité, l'œuvre de plantation de l'Église dans ce groupe humain déterminé atteint dans une certaine mesure son terme ; ayant ses ressources propres, fussent-elles insuffisantes, en clergé local, en religieux et en laïcs, elle est enrichie de ces ministères et institutions qui sont nécessaires pour diriger et développer la vie du Peuple de Dieu sous la conduite de l'évêque ». Ils sont aussi relatés par le numéro 6 du même décret en d'autres termes : « La fin propre de cette activité missionnaire est l'évangélisation et la plantation de l'Église dans les peuples ou les groupes humains dans lesquels elle n'a pas encore été enracinée. Il faut que, nées de la Parole de Dieu, des Églises autochtones particulières, suffisamment établies, croissent partout dans le monde, jouissent de leurs ressources propres et d'une certaine maturité; il faut que, pourvues de leur hiérarchie propre unie à un peuple fidèle et des moyens accordés à leur génie, nécessaires pour mener une vie pleinement chrétienne, elles contribuent au bien de toute l'Église. Mais le moyen principal de cette implantation, est la proclamation de l'Évangile de Jésus Christ; c'est pour annoncer l'Évangile que le Seigneur a envoyé ses disciples dans le monde entier, afin que les hommes, ayant acquis une nouvelle naissance par la Parole de Dieu (cf. *1 P* 1, 23), soient agrégés par le baptême à l'Église qui, en tant que Corps du Verbe incarné, est nourrie et vit de la Parole de Dieu et du pain eucharistique (cf. *Ac* 2, 42) ».

[28] *CCEO* c. 590. Dans l'activité missionnaire, il faut veiller à ce que les jeunes Églises atteignent au plus tôt la maturité et soient pleinement constituées, de sorte que, sous la direction de leur propre hiérarchie, elles puissent se prendre elles-mêmes en charge et assumer et continuer l'œuvre d'évangélisation.

celle d'accepter consciemment une chose – ce qui renvoie à l'assomption d'une situation difficile ou à un état psychologique – et d'autre part, celle de prendre à son compte ou de se charger d'une chose – ce qui évoque l'idée d'assumer une responsabilité. En somme, il signifie la capacité à faire sienne une situation de travail qui peut être difficile. Nous trouvons que cette présentation par le Code des canons des Églises orientales de la phase caractérisant l'Église pleinement constituée est significative. Elle intègre bien la réalité de l'autosuffisance qui est de l'ordre de s'assumer. Aussi, comprendra-t-on que l'autosuffisance traduite en termes de « propres forces » et de « moyens suffisants » ou en ceux de « se prendre elles-mêmes en charge » et « assumer », nécessitera un effort, un travail parfois difficile et supposera des obstacles et des problèmes à surmonter.

L'expression « propres forces » se rapporte aux « sujets actifs » de l'action missionnaire, c'est-à-dire le personnel capable de mener l'œuvre missionnaire. Si, en référence à l'étape de constitution juridique de l'Église particulière, les envoyés de l'action missionnaires venaient « d'ailleurs »[29] ; dans cette seconde phase il est requis que le personnel provienne de la nouvelle Église elle-même. Ainsi peut-on identifier aux « propres forces » le personnel de l'évangélisation constitué des baptisés autochtones issus de la première évangélisation. Aussi s'agira-t-il autant du clergé que de tous les autres baptisés, chacun œuvrant à son niveau et dans tous les secteurs de la vie de la nouvelle Église. De « sujets passifs » de l'action missionnaire, ils en deviennent désormais les « sujets actifs ».

Quant aux « moyens suffisants », on peut distinguer les structures des moyens matériels et financiers. En ce qui concerne les structures, une Église hiérarchiquement constituée doit être capable de se doter de toutes les structures indispensables à l'annonce de l'Evangile. La mise en place de tous les organes du fonctionnement d'un diocèse – curie diocésaine, tribunal diocésain ou interdiocésain, conseils presbytéral et épiscopal (cc. 495 § 1 ; 497), collège des consulteurs (c. 502 § 1), séminaires, écoles et universités, etc. – signifie qu'une Église particulière dispose des structures requises pour la pastorale et qu'elle connaît une certaine vitalité voire qu'elle jouit d'un certain rayonnement. Encore faut-il que ces différentes structures fonctionnent bien et qu'elles ne pèsent pas sur le diocèse au point d'en compromettre la croissance.

Pour ce qui est des moyens matériels et financiers, ceux-ci doivent être substantiels et exister dans des proportions suffisantes à même de subvenir

[29] Ce terme est en écho aux « prêtres venus d'ailleurs », expression utilisée en France pour désigner les prêtres étrangers en contrat de *fidei donum* ou d'études.

à tous les besoins de l'Église hiérarchiquement constituée[30]. Ils sont à trouver dans « des projets d'investissement capables de produire des ressources »[31]. Disposer de moyens suffisants selon Roland Jacques signifie aussi qu'« une Église particulière doit pouvoir concrètement vivre sa mission, (1°) de façon conforme à la législation canonique et (2°) sans être constamment contrainte de recourir aux aides extérieures en personnel ou en moyens financiers »[32]. Un partenariat n'est toutefois pas à exclure avec d'autres Églises particulières, mais celui-ci doit concerner des domaines précis et circonscrits dans des proportions limitées[33].

2.2 — L'inculturation

Il ne suffit pas d'être auto-suffisant ou de se prendre en charge soi-même pour qu'une Église constituée en diocèse passe à l'état d'Église pleinement constituée. Selon l'enseignement du décret conciliaire *Ad gentes* numéro 19, outre le fait que les assemblées de fidèles deviennent davantage des communautés de foi, de liturgie et de charité, que les laïcs travaillent à instaurer dans la cité un ordre de charité et de justice, la foi doit être enseignée selon une catéchèse adaptée, célébrée dans une liturgie conforme au génie du peuple ; elle doit passer aussi par une législation canonique appropriée dans les institutions honorables et dans les coutumes locales[34]. C'est toute la problématique de l'inculturation[35].

Selon le Pape Jean Paul II, dans son encyclique *Slavorum Apostoli*, « l'inculturation est l'incarnation de l'Évangile dans les cultures autochtones et, en même temps, l'introduction de ces cultures dans la vie de l'Église »[36].

[30] Voir Jean Paul II, Exhortation apostolique *Ecclesia in Africa*, 14 September 1995, dans *AAS*, 99 (1996), 5-82, n° 104; *DC*, 92 (1995), 817-855 (= *Ecclesia in Africa*).

[31] Ibid.

[32] Jacques, « La notion canonique », 334.

[33] Cf. ibid.

[34] Cf. *AG* 19.

[35] Le terme est apparu dans le vocabulaire de la missiologie chrétienne au cours des discussions du Synode des Évêques de 1974 qui a précédé l'exhortation apostolique *Evangelii nuntiandi* de 1975. Il est employé depuis 1977 et prendra forme définitivement dans les textes officiels de l'Église catholiques avec l'encyclique *Slavorum apostoli* de 1985. Il veut répondre au souci des missionnaires de prendre en compte, dans leur œuvre d'évangélisation, la spécificité des cultures qu'ils rencontrent dans les terres de mission. En 1988, la Commission théologique internationale y consacrera un texte, *Fides et inculturatio* (*Foi et inculturation*), 3-8 octobre 1988, www.vatican.va (= *Foi et inculturation*).

[36] Jean-Paul II, Lettre encyclique *Slavorum Apostoli* à l'occasion du onzième centenaire de l'œuvre d'évangélisation des saints Cyrille et Méthode, 2 juin 1985, dans *AAS*, 77 (1985), 779-813, n° 21; *DC*, 82 (1985), 724 (= *Slavorum Apostoli*).

Il réaffirmera, citant le synode extraordinaire des évêques de 1985[37], dans l'encyclique *Redemptoris missio*, que l'inculturation « signifie une intime transformation des authentiques valeurs culturelles par leur intégration dans le christianisme, et l'enracinement du christianisme dans les diverses cultures humaines »[38]. L'inculturation, en effet, est caractérisée d'une part, par un mouvement dialogique dirigé vers les cultures qui passe par l'incarnation de l'Evangile en elles et la transmission de ses valeurs, et d'autre part, par un mouvement orienté vers la communauté ecclésiale qui se traduit par l'introduction en son sein des valeurs présentes dans la culture rencontrée. Au fond, elle est la rencontre entre culture et Évangile. Dans cette rencontre la culture est évangélisée et l'Évangile trouve une autre façon de se faire entendre ; il y a une pénétration et une fécondation réciproques[39]. Elle soulève toutefois deux problèmes corrélatifs : celui de l'évangélisation des cultures et celui de la compréhension culturelle de l'Évangile.

Quoiqu'il en soit, l'inculturation n'est pas un acte ponctuel. Elle relève plutôt d'un processus lent qui s'inscrit dans le temps et concerne à la fois les individus et les peuples. Elle « embrasse toute l'étendue de la vie missionnaire et met en cause les divers agents de la mission *ad gentes*, les communautés chrétiennes au fur et à mesure qu'elles se développent, les Pasteurs qui ont la responsabilité de discernement et d'encouragement dans sa mise en œuvre »[40]. Assurément, elle « inclut l'idée de croissance, d'enrichissement mutuel des personnes et des groupes, du fait de la rencontre de l'Évangile avec un milieu social »[41]. Elle « exige accueil mutuel et dialogue,

Il faut noter que l'inculturation fut au cœur de plusieurs enseignement du pape JEAN PAUL II : *Ecclesia in Africa*; Exhortation apostolique *Ecclesia in America*, 22 janvier 1999, Libreria Editrice Vaticana, 1999, *DC*, 96 (1999), 106-141; Exhortation apostolique *Ecclesia in Asia*, 6 novembre 1999, Libreria Editrice Vaticana, 1999, *DC*, 96 (1999), 978-1009; Exhortation apostolique *Ecclesia in Oceania*, 21 novembre 2001, Libreria Editrice Vaticana, 2001, *DC*, 98 (2001), 1072-1105.

37 Assemblée extraordinaire du Synode des Evêques de 1985, Rapport final, II, D, 4.

38 JEAN PAUL II, *Redemptoris missio*, n° 52.

39 Cf. Alphonse KY-ZERBO, Cours de droit missionnaire, Institut de Droit Canonique, Faculté de Théologie Catholique, édition 2019, inédit. Par l'inculturation l'Église incarne l'Évangile dans les diverses cultures et, en même temps, elle introduit les peuples avec leurs cultures dans sa propre communauté. (Cf. JEAN PAUL II, Exhort. ap. *Catechesi tradendae*, 16 octobre 1979, dans *AAS*, 71 [1979], 1320, n° 53; *Slavorum apostoli*, n° 21; elle leur transmet ses valeurs, en assumant ce qu'il y a de bon dans ces cultures et en les renouvelant de l'intérieur. Cf. PAUL VI, Exhort. ap. *Evangelii nuntiandi*, n° 20). En outre, grâce à elle, le message chrétien assimile les valeurs de la société à laquelle il est annoncé. Cf. *Ecclesia in Africa*, n° 87.

40 JEAN PAUL II, Lettre encyclique *Redemptoris missio*, n° 53.

41 COMMISSION THÉOLOGIQUE INTERNATIONALE, *Foi et inculturation*.

conscience critique et discernement, fidélité et conversion, transformation et croissance, renouveau et innovation »[42]. Elle impose un effort[43] et demeure « une tâche difficile qu'on ne peut accomplir qu'avec l'assistance de l'Esprit du Seigneur qui conduit l'Église dans la vérité tout entière (cf. *Jn* 16, 13) »[44]. C'est tout le travail que doit mener toute Église particulière.

2.3 — La capacité à poursuivre l'œuvre de l'évangélisation

Parmi les critères mentionnés par le canon 786 du Code de droit canonique de 1983 signifiant l'existence d'une Église pleinement constituée, il y a celui de la capacité de la jeune Église à poursuivre par elle-même l'œuvre de l'évangélisation. Il nous semble intéressant de noter qu'il n'est pas écrit de mener par elle-même l'action proprement missionnaire. Poursuivre l'œuvre de l'évangélisation veut dire ici continuer l'annonce de l'évangile[45]. Cette tâche sera accomplie à travers une activité missionnaire *ad intra* diocèse et *ad extra* diocèse.

L'œuvre missionnaire *ad intra* consistera à mener la mission ordinaire dévolue à tout diocèse ou à toute Église particulière. Elle correspond à l'activité pastorale de l'Église. Elle est la mission d'ensemble du peuple de Dieu tout entier[46]. Quant à l'activité missionnaire *ad extra*, elle se réalise dans l'envoi de missionnaires soit dans d'autres Églises particulières naissantes dans le cadre de l'activité missionnaire spécifique, soit dans des Églises de vieille chrétienté dans le cadre de la nouvelle évangélisation[47] ou ré-évangélisation. Souvent, cet envoi s'organise soit dans le cadre de mission *Fidei donum* – à l'envers – soit dans celui de partenariat entre Églises particulières.

[42] Francesco Follo, « Inculturation et interculturalité chez Jean Paul II et Benoît XVI, » dans *Missions Étrangères de Paris* (avril 2010), 66-67.

[43] « Le processus d'inculturation peut être défini comme l'effort de l'Église pour faire pénétrer le message du Christ dans un milieu socioculturel donné, appelant celui-ci à croître selon toutes ses valeurs propres, dès lors que celles-ci sont conciliables avec l'Évangile » (*Foi et inculturation*).

[44] *Ecclesia in Africa*, n° 78.

[45] Cette annonce sera en consonance avec le commandement du Seigneur Jésus lui-même : « Allez ! De toutes les nations faites des disciples : baptisez-les au nom du Père, et du Fils, et du Saint-Esprit, apprenez-leur à observer tout ce que je vous ai commandé. Et moi, je suis avec vous tous les jours jusqu'à la fin du monde » (Mt 28, 19-20).

[46] Cf. Jean Paul II, Lettre encyclique *Redemptoris missio*, n° 34.

[47] « La nouvelle évangélisation est à entendre comme la pastorale à l'endroit des groupes entiers de baptisés qui ont perdu le sens de la foi vivante ou qui vont jusqu'à ne plus se reconnaître comme membres de l'Église dans les pays de vieille tradition chrétienne mais parfois aussi dans les Églises plus jeunes » (ibid., n° 33).

Il reste enfin à relever d'autres critères qui concourent à la reconnaissance de l'Église pleinement constituée. Ces derniers sont plutôt d'ordre juridique.

2.4 — Autres critères

Plusieurs autres critères, notamment d'ordre juridique, participent à faire reconnaitre l'existence d'une Église pleinement constituée. Le passage de la nouvelle Église de la tutelle de la Congrégation pour l'Évangélisation des Peuples à celle de la Congrégation pour les Évêques constitue un premier critère ; un deuxième se trouve dans le passage de cette même Église du régime du droit « mixte » à celui du droit commun exclusivement ; enfin un troisième critère se situe dans l'intervention discrétionnaire de l'autorité compétente pour reconnaître la maturité pleine de l'Église hiérarchiquement constituée en diocèse.

Le passage de la tutelle de la Congrégation pour l'Évangélisation des Peuples à celle de la Congrégation pour les Evêques montre qu'une Église hiérarchiquement constituée précédemment dans les territoires de mission est pleinement constituée. Il s'opère par un décret de l'autorité suprême. Une illustration récente connue d'un tel passage est le diocèse de Prince George[48]. L'on peut toutefois se demander si les conditions évoquées par le canon 786 pour devenir une Église pleinement constituée ont été réellement et totalement remplies par ce diocèse. En effet, pour Roland Jaques qui a eu accès aux archives de la Conférence des évêques catholiques du Canada, c'est l'unification de toute la Colombie britannique dans une même province ecclésiastique qui a motivé ce passage plus que la réalité de la présence de sa capacité à se prendre en charge et à s'assumer[49].

L'Église pleinement constituée passe du régime du droit « mixte » sous lequel elle était à celui du droit commun (cf. *AG* 19) dans sa double dimension de droit universel et de droit particulier. Elle n'est plus sous le régime du droit « mixte » qui assouplissait voire dispensait de l'application du droit universel dans certains domaines mais sous celui du droit commun qui s'applique dans sa totalité. Elle est alors adulte et doit être capable de produire un droit particulier qui enrichit l'Église universelle[50].

La reconnaissance de l'état de maturité d'une nouvelle Église par l'autorité suprême signe et authentifie l'existence d'une Église pleinement constituée. Elle relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité suprême de l'Église.

[48] Ce diocèse qui était sous la tutelle de la Congrégation pour l'Évangélisation des Peuples est passé sous celle de la Congrégation pour les Évêques en 2000.

[49] Cf. JACQUES, « La notion canonique », 334.

[50] Cf. *AG* 19.

Toutefois, elle se fonde sur des critères objectifs notamment ceux mentionnés dans le canon 786. Subsistent ou demeurent néanmoins quelques interrogations autour des modalités de cette reconnaissance d'état d'Église pleinement constituée. En effet, qui prend l'initiative de la reconnaissance de l'état d'une Église pleinement constituée ou de la maturité d'une Église hiérarchiquement constituée ? Est-ce l'Église particulière elle-même ou l'autorité suprême ? Par ailleurs, quel serait le contenu du dossier à produire pour la demande de reconnaissance de l'Église pleinement constituée ?

Bref, il ressort que la reconnaissance d'une Église pleinement constituée relève d'une part de l'œuvre de la jeune Église hiérarchiquement constituée en diocèse et d'autre part, de l'action de l'autorité suprême de l'Église. La naissance d'une Église pleinement constituée se rattache ainsi donc à cette double action : l'engagement ainsi que le travail de la jeune Église et l'intervention de l'autorité suprême qui reconnait et authentifie la maturité de la jeune Église.

Conclusion

Une Église est pleinement constituée non seulement lorsque qu'elle démontre – à partir de son érection en diocèse – de sa capacité à s'assumer grâce aux moyens suffisants dont elle dispose et à poursuivre l'œuvre d'évangélisation selon les dispositions des codes de 1983 et de 1990, mais aussi lorsque cette capacité est reconnue par l'autorité suprême de l'Église à travers l'admission de son passage de la tutelle de la Congrégation pour l'Evangélisation des Peuples à celle de la Congrégation pour les Evêques. Si les dispositions des codes indiquent certains critères, la décision de l'autorité suprême relève de sa discrétion et repose sur d'autres critères complétant ceux des codes.

La notion d'Église pleinement constituée renvoie à la réalité d'un long processus qui n'est pas lié à un délai de temps déterminé à l'avance, mais qui dépend à la fois de l'effort et du travail de l'Église hiérarchiquement constituée et de la volonté de l'autorité suprême. C'est pourquoi la Commission de révision du Code à propos des délais et de la manière d'accéder au stade d'Église pleinement constituée a fait remarquer : « Il ne revient pas au Code de définir quand et comment il y a de nouvelles Églises pleinement constituées ; il revient en effet à l'autorité des critères pratiques dont il s'agit au canon précédent »[51]. S'il y a des repères canoniques bien précis à l'avènement de l'Église

[51] *Comm*, 210 (1989), 289. « Non est autem Codicis circumscribere quando et quamodo novellae ecclesiae plene constitutae habeantur ; criteria enim practica pertinet ad auctoritatem, de qua in canone precedenti ».

pleinement constituée, il existe d'autres critères pratiques relevant de la discrétion de l'autorité compétente qui entrent en ligne de compte. C'est à partir du jugement de celle-ci que naîtra la décision d'admettre une Église hiérarchiquement constituée à l'état d'Église pleinement constituée. Somme toute, l'Église pleinement constituée est la jeune Église devenue autonome ou adulte et reconnue comme telle par l'autorité suprême de l'Église catholique. Elle est alors, à tous points de vue, une Église particulière à part entière capable d'apporter sa contribution à l'Église universelle.

Studia canonica 54 | 2020, 511-524
doi: 10.2143/STC.54.2.3289268

ADSCRIPTION TO A *SUI IURIS* CHURCH

ALEXANDER M. LASCHUK

SUMMARY — The proper determination of the ecclesial ascription of the Catholic faithful is necessary in ensuring the presence of the requisite jurisdiction which can be a factor impacting sacramental validity. The faithful are, in virtue of their baptism, incorporated into a specific Church. Membership in these Churches is governed by the norm of law and regulated by the Roman Pontiff in his capacity as supreme judge of relations between the Churches. The article first examines the canonical notion of the Church *sui iuris* and its conciliar and juridical foundations. The article then considers how one is incorporated into a specific Catholic Church and how that adscription can be transferred from one Church *sui iuris* to another.

RÉSUMÉ — La détermination appropriée de l'attribution ecclésiale des fidèles catholiques est nécessaire pour assurer la présence de la juridiction requise qui peut être un facteur influant sur la validité sacramentelle. Les fidèles sont, en vertu de leur baptême, incorporés dans une Église spécifique. L'appartenance à ces Églises est régie par la norme de la loi et réglementée par le Pontife romain en sa qualité de juge suprême des relations entre les Églises. L'article examine d'abord la notion canonique de l'Église *sui iuris* et ses fondements conciliaires et juridiques. L'article examine ensuite comment on est incorporé dans une Église catholique spécifique et comment cette inscription peut être transférée d'une Église *sui iuris* à une autre.

Introduction

In the preamble to his *motu proprio De concordia inter codices,* Pope Francis wrote that the Church has a "need of better defining relations with the faithful belonging to non-Catholic Eastern Churches, who are now present in increasing numbers in Latin territories."[1] This concern has also

[1] FRANCIS, apostolic letter *motu proprio* by which some canons of the Code of Canon Law are modified *De concordia inter codices,* in *AAS*, 108 (2016), 602-606. All English citations from this document are taken from J. Abbass, "*De concordia inter codices:* A Commentary," in *Studia canonica*, 50 (2016), 323-345.

been observed by other ordinaries, such as Cardinal Barbarin, the Archbishop of Lyon and Primate of France, who recently wrote that "The Eastern Catholic Churches remain today juridically confined to historical and theological requirements which risk progressively strangling them."[2] Indeed, the proper regularizing of the relations between the various Churches in the Catholic communion was a motivating factor in Pope Francis modifying eleven articles of the *Code of Canon Law* in May 2016 in the *motu proprio De concordia inter Codices*.

While the influx of Eastern Christians into non-traditional territories is not a new phenomenon, the continued increasing number presents a pastoral challenge which requires ministers to be attentive to the needs of Eastern faithful. Providing for the spiritual needs of Eastern faithful is in fact a requirement of the law and the Code states that, "If he [the diocesan bishop] has faithful of a different rite in a diocese, he is to provide for their spiritual needs either through priests or parishes of the same rite or through an episcopal vicar."[3] Additionally, those who have frequent dealings with the Christian faithful of other Churches *sui iuris* are "to have an accurate formation in the knowledge and practice of the rite of the same Church."[4]

Certainly, ensuring the validity of sacraments is a basic component of providing for the spiritual needs of the Eastern faithful. Since sacraments are signs of Divine Grace and effect the sanctification of humanity, in their celebration "sacred ministers and the other members of the Christian faithful must use the greatest veneration and necessary diligence."[5] Part of this "necessary diligence" is ensuring the proper adscription of the faithful. As is well known, jurisdiction is a necessary element, even for validity, of certain sacraments.[6]

For example, before the celebration of the sacrament of marriage, it must be determined that the parties are free for marriage, that is, that nothing stands in the way for a valid and licit celebration of the sacrament.[7] The way this normally occurs is through the completion of the prenuptial inquiry.[8]

[2] P. Barbarin, "Preface," in G. Gonçalves, *L'inscription dans une Église de droit propre*, Kanonika, no. 27, Rome, Pontificio Istituto Orientale, 2018, 5. Translations from this work are this Author's own.

[3] *CIC*/83, c. 383, § 2.

[4] *CCEO*, c. 41.

[5] *CIC*/83, c. 840.

[6] See, for example, *CIC*/83 cc. 87, 886, 1015, 1109, 1196.

[7] *CIC*/83, c. 1066.

[8] *CIC*/83, c. 1067.

It is this inquiry which should aid the pastor in determining the proper adscription of an individual into a specific Church *sui iuris* to ensure that the requisite jurisdiction is present, if permissions and/or dispensations are required, and, if so, which proper authority is to be approached.[9] The pre-nuptial investigation also identifies whether the party is a subject of the *Code of Canons of the Eastern Churches* which has, at times, a varied sacramental discipline.[10] Properly determining one's adscription into a Church *sui iuris* is consequently an essential part in ensuring valid sacraments. This paper will first examine the canonical notion of the Church *sui iuris* and then examine how adscription into these Churches is determined

1 — *The Church* sui iuris

Western ecclesiology after the schism between East and West is characterized by the special role of the Bishop of Rome. This ecclesiology superseded the earlier communion ecclesiology of the New Testament. In this new model, being part of the Church of Christ was understood as not only unity of faith but also unity of discipline. Consequently, any non-Latin Catholics, i.e. those from the Christian East, were acknowledged only in terms of their ritual identity and not in any expressions of theological or disciplinary uniqueness.[11] Such theological uniqueness was simply not to exist. The various rites of the Catholic Church were not equal and special pre-eminence was assigned to the rite of the Church of Rome in virtue of the theological notion of the *praestantia ritus latini*.[12]

This classical ecclesiology reflects an understanding of the Catholic Church as a single Church with different liturgical expressions called rites. In this system the individual rites were, as Nedungatt describes, "communities of faithful with or without their own hierarchy who were received into direct communion with Rome."[13] "Rite" as a term was the descriptor for a

9 See *CIC*/83, c. 1109.

10 *Confer CCEO,* c. 1.

11 Emmanuel LANNE, "La conception post-tridentine de la Primauté et l'origine des Églises unies," in *Irenikon*, 52 (1979), 15-17.

12 For a brief overview of the history of the concept of the prestige of the Latin rite see Natale LODO, "Uguale dignità teologica e giuridica delle chiese *sui iuris*," in Luis OKULIK (ed.), *Nuove terre e nuove Chiese: Le communità di fedeli orientali in diaspora*, Venice, Marcianum Press, 2008, 40-48.

13 George NEDUNGATT, *The Spirit of the Eastern Code*, Bangalore, Dharmaram Publications, 1992, 63-64.

particular Church.[14] This was the position present in the previous law of the *Codex iuris canonici orientalis*. Bassett notes that, with only two exceptions, "the entire system of laws in the Oriental code is consistent in applying the canonical notion [of a particular Church] as rite."[15]

The Second Vatican Council, however, attempted to address this ecclesiology and moved away from describing the Eastern Churches as "rites", and instead presented the Catholic Church as a communion of Churches.[16] These individual Catholic Churches are, in the language of Paul VI, likened to the Holy Trinity as the universal is manifested in the local while the local cannot be separated from the universal.[17] At the same time, rite was still used to describe a liturgical tradition such as the Byzantine, Antiochian, Armenian, Chaldean, and Alexandrian rites.[18] The idea of the *praestantia ritus latini* was discarded and the equality of the Church's rites was explicitly stated in the decree *Orientalium Ecclesiarum*: "the same churches enjoy equal dignity, so that none of them ranks higher than the others by reason of rite."[19]

This new conciliar understanding of rite and particular Church was reflected in the revision of the Church's canon law. Prior to *De concordia,* several terms were used when a particular Church is described in the *CIC*: ritual Church, *sui iuris* ritual Church, and rite.[20] With the *CCEO*, howeer, the drafters wished to avoid such juridic imprecision and this resulted in the seventh guideline for revision of the Eastern Code: "The notion of Rite should be re-examined and a new term agreed upon to designate the various Particular Churches of the East and of the West."[21] This principle resulted

[14] William BASSETT, *The Determination of Rite,* Analecta Gregoriana, no. 157, Rome, Gregorian University Press, 1967, 103-106.

[15] BASSETT, 102. The two exceptions noted by Bassett are *Cleri sanctitati*, cc. 38, § 1, 1° and 364, § 3, 4°.

[16] See, for example, *LG*, nn. 13, 23. However this is not always consistent, cf. *OE,* no. 7.

[17] PAUL VI, Allocution of 17 September 1973, in *Comm*., 5 (1973), 127.

[18] See *CCEO*, c. 28.

[19] *OE*, no. 3. English translation in TANNER, vol. 2, 901.

[20] In describing a particular Church, ritual Church is used in *CIC*/83 cc. 111-112, *sui iuris* ritual Church in *CIC*/83, cc. 111-112, and rite in many canons, for example cc. 383, 476, 479.

[21] PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI ORIENTALIS RECOGNOSCENDO, "Guidelines for the Revision of the Code of Oriental Canon Law," no. 7, in *Nuntia*, 3 (1976), 22. On the development of this guideline, see Sunny KOKKARAVALAYIL, *The Guidelines for the Revision of the Eastern Code: Their Impact on* CCEO*,* 314-344, also Sunny KOKKARAVALAYIL, "The Guidelines *Riti e Chiese Particolari* Applied in CCEO: History and Appraisal," in Luis OKULIK (ed.), *Le Chiese* sui iuris*: Criteri di individuazione e delimitazione*, Venice, Marcianum Press, 2005, 29-40.

in a two-fold challenge for the drafters of the *CCEO*: first, the term rite required re-examination, and second, a new term was to be agreed upon which would designate the various Churches.

The task of developing this term was entrusted to the *Coetus de normis generalibus, ritibus, personis physicis et moralibus, potestate ordinaria et delegata* for study. This study group concluded that the term "rite" was not synonymous with the term "particular Church" and must not be used as such. This was based on *Orientalium Ecclesiarum*, no. 3, which indicated that rite is to describe the liturgical, disciplinary, spiritual, and theological heritage of a particular Church. A Christian belongs to a hierarchically organized community that consequently entails a rite. A Christian is not a member of a rite but follows a rite as a consequence of membership in a particular Church.[22]

This *coetus* examined several possible terms which could describe a particular Church. The members proposed using the term "*Ecclesia particularis*" to only denote a Catholic Church. This was intended to reflect the conciliar use of "particular church" in *Orientalium Ecclesiarum*.[23] The term "particular Church" denoting a Catholic Church was to be used alongside "singular Church" identifying an eparchy and "universal Church" identifying the one Church of Christ.[24] At the same time, there was a desire to harmonize the terminology between the *CIC* and the *CCEO*. A proposal was thus made to the *coetus* responsible for the *Lex Ecclesiae Fundamentalis* to not use the term "particular church" to describe a diocese. The president of this *coetus* dismissed this proposal with the explanation that the consultants had already approved the term "particular church" as denoting a diocese.[25] It was further explained that using the term "diocese" instead of "particular church" would eliminate ecclesiastical circumscriptions that are likened to a diocese but were, none the less, particular churches.[26] PCCICR (*Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo*), as a result, continued to use "particular church" to describe a diocese while PCCICOR (*Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Orientalis Recognoscendo*) was forced to identify another term to designate a Catholic Church. The term "ritual

[22] Ivan ŽUŽEK, "The *Ecclesiae sui iuris* in the Revision of the Canon Law," trans. Leslie WEARNE, in René LATOURELLE (ed.), *Vatican II: Assessment and Perspectives Twenty-five Years After (1962-1987)*, vol. 2, New York, Paulist Press, 1989, 292-293.

[23] *Nuntia*, 3 (1976), 45.

[24] George NEDUNGATT, "Ecclesia universalis, particularis, singularis," in *Nuntia*, 2 (1976), 75-87.

[25] *Comm.*, 8 (1976), 81-82.

[26] *Comm.*, 9 (1977), 298.

Church *sui iuris*" was proposed and accepted with twenty-three votes in favour and five abstentions.[27] This term "ritual Church *sui iuris*" was adopted in two canons of the *CIC*.[28]

This was not the end of the debate and indeed the term ritual Church *sui iuris* was not a uniformly accepted term for PCCICOR and in the end the Commission did not adopt the term. The word ritual was removed, resulting in the term "Church *sui iuris*", by a vote of the *coetus* in April 1980, with five votes in favour and four against.[29] Žužek notes that including the word "ritual" was: "considered superfluous and counterproductive when speaking of *Ecclesiae sui iuris*, especially since there are different *Ecclesiae sui iuris* belonging fundamentally to the same rite."[30] As a result, an individual Catholic Church is denoted as a Church *sui iuris* in the *CCEO*, despite repeated proposals to reintroduce the term "particular church".[31] Some commentators continued to criticize the adopted term, and for example Nedungatt points out the language of singular, particular, and universal allows for greater ecclesiological dimensions and recognizes that even a diocese is, to some extent, a church *sui iuris*.[32] However, the vice-president of PCCICOR pointed out that the term *Ecclesia sui iuris* was a term adopted *pro bono pacis* and was, as a result, not discretionary.[33] This term is used 244 times in the *CCEO*. In 2016 the modification of several canons in the *CIC*/83 by Pope Francis resulted in the insertion of the term "Church *sui iuris*" on six occasions to replace what was previously called a ritual Church.

While the term *ecclesia sui iuris* refers specifically to the Catholic Eastern Churches, the Latin Church can be likened to a Church *sui iuris*. The 2011 explanatory note on *CCEO* canon 1 made the observation:

One must hold that the Latin Church is implicitly included by analogy each time that *CCEO* explicitly uses the term "Church *sui iuris*" in the context of interecclesial relations. We say "by analogy" keeping in mind that the characteristics of the Latin Church, though not coinciding completely

[27] *Comm.*, 9 (1977), 299.

[28] *CIC*/83, cc. 111-112.

[29] *Nuntia*, 19 (1984), 5.

[30] Žužek, "The *Ecclesiae sui iuris* in the Revision of the Canon Law," 296.

[31] See *Nuntia*, 22 (1986), 23; *Nuntia*, 29 (1989), 68-69.

[32] See Nedungatt, *The Spirit of the Eastern Code*, 73, George Nedungatt, "Autonomy, Autocephaly, and the Problem of Jurisdiction Today," in *Kanon*, 5 (1981), 21-23, and George Nedungatt, "Equal Rights of the Churches," in *The Jurist*, 49 (1989), 3.

[33] *Nuntia*, 22 (1986), 23.

with those of the Church *sui iuris* described in canons 27 and 28, § 1 of *CCEO*, in this regard are, nevertheless, substantially similar.[34]

Undoubtedly, the Latin Church substantially differs in its structure from the other Churches *sui iuris*.[35] It lacks any intermediary hierarchical structure similar to the synod of bishops or council of hierarchs and is more directly reliant upon the power of governance possessed by the Bishop of Rome. Despite these differences, it is still considered like a Church *sui iuris*. This is confirmed by the clear expression in the *CIC* canons 111 and 112 which refer to the "Latin Church or in another Church *sui iuris*."[36] Additionally, the non-promulgated *Lex Ecclesiae fundamentalis* expressly indicated that the ritual Church *sui iuris* was the "Latin Church and the various Eastern Churches."[37] *CCEO* canon 322 emphasizes this same point when it refers to "local hierarchs of various Churches *sui iuris*, even the Latin."[38]

CCEO canon 27 defines Church *sui iuris* as: "A community of the Christian faithful, which is joined together by a hierarchy according to the norm of law and which is expressly or tacitly recognized as *sui iuris* by the supreme authority of the Church."[39] There are four points to this understanding of a Church. First, it is a community of the Christian faithful, a defined group of individuals who are joined together by their bonds of baptism and adscription within an individual Church. The faithful are ascribed to a Church *sui iuris* according to the norm of law at the time of baptism.[40]

Second, this community is joined together by a hierarchy. This hierarchy has juridical bonds based on their shared membership in the Church *sui iuris*. This may include membership in a synod of bishops (for patriarchal and major archiepiscopal Churches *sui iuris*) or a council of hierarchs (for metropolitan Churches *sui iuris*). The hierarchy has governing authority over the Church *sui iuris* and thus has proper jurisdiction over its subjects.

This hierarchy functions according to the norm of law, which is the third element of this canon. The patriarch has defined functions in canon law which govern the Church *sui iuris* such as functioning as the juridic

34 Pontifical Council for Legislative Texts, Explanatory note, 8 December 2011, in *Comm.*, 43 (2011), 315-316, English translation Jobe Abbass, "The Explanatory Note Regarding *CCEO* Canon 1: A Commentary," in *Studia canonica*, 46 (2012), 295.

35 Luis Okulik, "Significato e limiti della definizione di Chiesa *sui iuris*," in *Folia canonica*, 12 (2009), 86-87.

36 *CIC*/83, cc. 111, § 2, 112, § 1.

37 *Comm.*, 12 (1980), 31.

38 *CCEO*, c. 322, § 1.

39 *CCEO*, c. 27.

40 See *CCEO*, cc. 29-38; *CIC*/83, cc. 111-112.

representative of the Church.[41] The patriarchal synod also has functions defined in law related to leading the Church *sui iuris* with legislative, executive, and judicial power of governance. The self-governing status of the *sui iuris* Churches is not an absolute juridical reality. These Churches are not autocephalous Orthodox Churches.[42] The Bishop of Rome is not *primus inter pares*: he possesses the power of governance over these Churches, despite their self-governing status. All Churches always remain subject to the supreme authority of the Church.[43] This is reflected in the fact that the patriarch himself has his power territorially limited by the norm of law.[44] The jurisdiction of the synod of bishops is also circumscribed by territorial limitations.[45]

Fourth, and finally, this community must be recognized as *sui iuris* by the Church's supreme authority. This may be either tacit recognition or explicit recognition by either the Bishop of Rome or an ecumenical council.[46] This would be recognition of a Church *sui iuris* as either a patriarchal Church *sui iuris*,[47] a major archiepiscopal Church *sui iuris*,[48] a metropolitan Church *sui iuris*,[49] or a Church *sui iuris* that doesn't belong to the previous three categories.[50] The supreme authority of the Church alone has the authority of erection, restoration, modification and suppression of patriarchal Churches.[51]

[41] *CCEO*, c. 79. Salachas lists ten functions in the common law for the patriarch, see: Dimitri SALACHAS, "Lo «Status sui iuris» delle Chiese patriarclai nel diritto canonico orientale," in *Periodica*, 83 (1994), 590-596.

[42] Dimitri SALACHAS, "Le « status » ecclésiologique et canonique des Églises catholiques orientales « sui iuris » et des Églises orthodoxes autocéphales," in *L'Année canonique*, 33 (1990), 36-52.

[43] Dimitri SALACHAS, "Le *status* d'autonomie des Églises catholiques orientales et leur communion avec le siège apostolique de Rome," in *L'Année canonique*, 38 (1996), 78-90.

[44] *CCEO*, c. 78, § 2.

[45] *CCEO*, cc. 146-150.

[46] SALACHAS, "Le *status* d'autonomie des Églises catholiques orientales et leur communion avec le siège apostolique de Rome," 76.

[47] *CCEO*, cc. 55-150.

[48] *CCEO*, cc. 151-154.

[49] *CCEO*, cc. 155-173.

[50] *CCEO*, cc. 174-176.

[51] *CCEO*, c. 57, § 1. As a reminder, the Eastern Churches *sui iuris* are divided into patriarchal Churches (which are six), major archiepiscopal Churches (which are four), metropolitan Churches (which are five), and other Churches *sui iuris* (which are eight). See V. POOTHAVELITHARA, "Title II. Churches *sui iuris* and Rites," in J.D. FARIS and J. ABBASS (eds.), *A Practical Commentary to the Code of Canons of the Eastern Churches*, vol. 1, Montreal, Wilson & Lafleur, 2019, 129-130.

2 — Adscription to a Church **sui iuris**

Adscription is determined in line with the norm of law.[52] Primarily, adscription follows that of the Catholic parents. When only one parent is Catholic, it is the Church of the Catholic parent that indicates the adscription of the child, regardless of the place of baptism.[53] This was actually a point determined by the *Coetus de normis generalibus* of PCCICOR which determined the child does not follow the Church *cuius caerimoniis* but, in the case of children, to the Church to which their father belongs.[54]

If both parents are Catholic, adscription follows the father's Church *sui iuris* unless the parents agree differently.[55] The ability to mutually agree on a child following the mother's Church of adscription can be tempered by special norms issued by the Holy See.[56] This clause was inserted to reflect the concerns of the drafters that Eastern subjects may not be sufficiently protected from assimilation into the Latin Church.[57] These revised norms are much clearer than *Cleri Sanctitati* which spoke of being ascribed by the rite of "legitimate baptism" and, additionally, the fact of belonging "to that Rite according to the ceremonies of which he ought to have been baptized.[58]

If the parents are unwed, adscription follows the mother.[59] When the parents are unknown, adscription follows that of their guardians or adoptive parents.[60] If the parents are not baptized, adscription follows the one who has responsibility for their education in the Christian faith.[61] These three norms are absent from the *Code of Canon Law* which provides no norms regarding these cases. There thus is a *lacuna* for these situations for Latin Catholics but the notion of parallel passages can provide some guidance from the *CCEO*.[62] Interestingly, while these norms were absent from

52 *CCEO*, cc. 29-38; *CIC*/83, cc. 111-112.

53 *CCEO*, c. 29, § 1; *CIC*/83, c. 111, § 2.

54 *Nuntia*, 3 (1976), 49-50.

55 *CCEO*, c. 29, § 1; *CIC*/83, c. 111, § 1.

56 *CCEO*, c. 29, § 1.

57 *Nuntia*, 22 (1986), 24-25.

58 *CS*, c. 6. Any English translation of these canons is taken from V.J. Pospishil, *Code of Oriental Canon Law: The Law on Persons: English Translation and Differential Commentary*, Philadelphia, Ford City, 1960.

59 *CCEO*, c. 29, § 2, 1°. This norm is absent from the *CIC*/83.

60 *CCEO*, c. 29, § 2, 2°. This norm is absent from the *CIC*/83.

61 *CCEO*, c. 29, § 2, 3°. This norm is absent from the *CIC*/83.

62 *CIC*/83, c. 17.

Cleri sanctitati, they were present in particular law for both the United States and Canada.[63]

What about the case where a child's Catholic father is now deceased? A hypothetical situation could arise where a Ukrainian father conceives a child with his Maronite wife. In the weeks prior to birth, the father dies. Commentators have historically agreed that the child still follows the rite of the deceased father, that is, the child would be Ukrainian.[64] It is noted by these same commentators that the conclusion would seem all the more certain when one considers the situation where this was not the oldest child, that is, several children have already been baptized and ascribed into a Church *sui iuris*. The child would logically be baptized in the same Church of his brothers and sisters.

If the person is fourteen years of age or older at the time of baptism, they are free to select their own Church of adscription.[65] This reflects the freedom of the human person to select their own religion. The canon is clear that the individual chooses the Church of baptism, and that same Church is where they are ascribed.[66] This insertion avoids the situation where an individual would select baptism in one Church *sui iuris* while announcing intention to be ascribed into a second Church *sui iuris*. The canon circumscribes this ability to special norms issued by the Holy See. This is a response to certain territories wherein civil law requirements would conflict with the age of fourteen, such as a requirement for the age of majority in a country where Christians are minority.[67] This freedom is also tempered by the unique Eastern norm which indicates that catechumens should take care to follow a Church *sui iuris* that is "more appropriate to their culture".[68] While an individual living in Nunavut may through reading and the internet greatly desire to become Ukrainian Catholic, the circumstances of their cultural reality and the fact of a lack of ministers may suggest they should reconsider the decision. Noting Church of adscription in the baptismal register is a requirement in the Latin Code, and certainly a best practice for Eastern Catholics to avoid

[63] See, respectively: SACRED CONGREGATION FOR THE EASTERN CHURCH, Decree *Cum data fuerit*, 1 March 1929, art. 43, in *AAS*, 21 (1929), 152-159 and in SACRED CONGREGATION FOR THE EASTERN CHURCH, Decree *Graeci-rutheni ritus*, 24 May 1930, art. 48, in *AAS*, 22 (1930), 346-354.

[64] See Pospishil who cites five canonists in support of this position: POSPISHIL, *Code of Oriental Canon Law*, 29.

[65] *CCEO*, c. 30; *CIC*/83, c. 111, § 3.

[66] *CCEO*, c. 30; *CIC*/83, c. 111, § 3.

[67] J. ABBASS, "Ascription of Faithful Who Are At least Fourteen Years of Age," in *A Practical Commentary to the Code of Canons of the Eastern Churches*, 148.

[68] *CCEO*, c. 588.

confusion in the future.[69] Recording the Church of adscription in the register could from a practical standpoint also provide a clear opportunity for the baptized or their parents to manifest adscription in cases where choice exists.

One who is received into the Catholic Church is to be ascribed into the corresponding Church *sui iuris*.[70] In fact, this is conciliar teaching: "baptized members of any non-catholic church or community coming to the fullness of the catholic communion should keep, follow and as far as possible observe their own rite everywhere in the world."[71] Practically, this means that a Greek Orthodox layman becoming Catholic is ascribed to the Greek Catholic Church *sui iuris*. A Ukrainian Orthodox layman becomes Ukrainian Catholic. What about the case of an Eastern non-Catholic Church which does not have a corresponding Eastern Catholic Church (for example, the Georgian Orthodox Church)? In these cases, the *praxis curiae* is that they are free to select a Church *sui iuris* which reflects their tradition.[72] In the case of a Georgian Orthodox faithful, a private reply indicates the individual could choose a corresponding Byzantine Eastern Catholic Church that is in line with their cultural reality. What about the case of baptized Protestants who desire to become Catholic? Some object that since they lack orders and consequently a hierarchy, they cannot be understood as belonging to a legitimate rite.[73] Could they be ascribed to Eastern Catholic Churches? This was considered by the second plenary assembly of PCCICOR which indicated such would be impossible as the Eastern norm was clear and directly followed conciliar teaching which cannot be modified.[74]

Of course, it is possible to transfer adscription. A Latin spouse or an Eastern wife can transfer to the Church *sui iuris* of the other spouse any time after marriage.[75] This possibility was present in *CS* which also only allowed the Eastern wife to follow the Church *sui iuris* of her husband. The reason for the Eastern husband not being allowed to transfer adscription is simple: since the children follow his Church *sui iuris*, preserving his Eastern ecclesial identity prevents assimilation of Easterners by Latin Catholics through marriage. This could be a frequent situation in territories where Eastern Catholics are in a minority. On the other hand, the Latin father is free to transfer

[69] *CIC*/83, c. 535, § 2.
[70] *CCEO*, c. 35.
[71] *OE*, no. 4. English translation in Tanner, vol. 2, 901.
[72] Pontifical Council for Legislative Texts, Private reply, 22 May 2017, in *RR 2017*, 19-21.
[73] For example: *Nuntia*, 29 (1989), 48-49
[74] *Nuntia*, 29 (1989), 48-50.
[75] *CCEO*, c. 33; *CIC*/83, c. 112, § 1, 2°.

his adscription as the Latin Church is not considered as suffering from the same dangers of assimilation as the Eastern Catholic Churches *sui iuris*.[76] The norm does allow for the spouse who has transferred from another Church to their spouse's Church to return to their original adscription after the marriage's dissolution, that is, on death or dissolution *ratum et non-consummatum*.[77] The law makes no observations as to the effects of such a conjugal transfer in cases where a decree of nullity has been granted.

The children of one who transfers Churches *sui iuris* can, in some circumstances, also transfer their adscription.[78] This occurs when both parents, the Catholic spouse, or one spouse with the consent of both parents, transfer their adscription.[79] In these situations, the children under fourteen also transfer their adscription. These transfers, which take effect from the moment of the declaration, are to be noted in the baptismal register.[80]

In all other situations, transfers between Churches require the permission of the Holy See. However, there is a legal presumption of the Roman Pontiff consenting when the individual lives in a territory of possessing both a jurisdiction *a quo* and a jurisdiction *ad quem* and is able to obtain the permission of both bishops.[81] While this norm is unique to the *CCEO*, an identical process is available to Latin Catholics in virtue of extra-codal legislation in the form of a rescript *ex audientia Sanctissimi*.[82] Why is the permission of the Apostolic See of Rome required? Could not such a decision be made at the local level without the permission of the Holy See, such as at the level of the head of a Church *sui iuris*? The requirement of the permission of the Holy See is not a novel innovation and indeed has been the canonical practice for at least four centuries.[83] It is theologically grounded in the notion that the Roman Pontiff is the "supreme arbiter in inter-church relations" and is the only truly competent authority for a question of an action at the level *supra* the Church *sui iuris*.[84]

What about a Catholic child born to a Catholic and non-Catholic parent, who is then baptized in a non-Catholic Church? A strict reading of the canon would indicate that the child still follows the adscription of the Catholic

[76] *CIC*/83, c. 112, § 1, 2°.
[77] *CCEO*, c. 33; *CIC*/83, c. 112, § 1, 2°.
[78] *CCEO*, c. 34; *CIC*/83, c. 112, § 1, 3°.
[79] *CCEO*, c. 34; *CIC*/83, c. 112, § 1, 3°.
[80] *CCEO*, c. 37; *CIC*/83, cc. 112; § 3, 535, § 2.
[81] *CCEO*, c. 32, § 2.
[82] SECRETARIAT OF STATE, *Rescriptum ex audientia SS.MI*, 26 November 1992, in *AAS*, 85 (1993), 81.
[83] L. NAGY, *Transfer of Ascription in a Church* sui iuris *With Particular Application to the Archdiocese of Alba-Iulia, Romania*, Ottawa, Saint Paul University, 2002, 45.
[84] *OE*, no. 4. English translation in TANNER, vol. 2, 901.

parent. Adscription happens "in virtue of baptism" *ipso iure*, with no mention of the baptism needing to occur in a Catholic Church.[85] Canons are to be interpreted according to the plain meaning of the words, and this interpretation follows such an understanding.[86] This interpretation is further supported by a historical private reply which, in the case of a child of a Latin mother and Eastern non-Catholic father, was "certainly Latin" despite being "wrongfully baptized" in a non-Catholic Eastern Church.[87] This was confirmed in recent years by the Congregation for the Eastern Churches in a note which, on this later occasion, included consultation with the Congregation for the Doctrine of the Faith and the Secretary of State before arriving at the same conclusion.[88] These children are thus clearly considered Catholic and follow the adscription of the father's Church.

Conclusions

Adscription reflects the right of the faithful to worship in their own Church *sui iuris*.[89] It is a fact of pastoral ministry that Eastern Catholic individuals are, at times, unaware of their own ecclesial adscription. They may simply be unaware that they are Eastern Catholic, as perhaps they have been raised as practicing Catholics in the Latin Church for their entire life. In some cases, they may even not wish to be members of their Church *sui iuris*! However, as is noted in *De concordia inter codices*, "The practice, however prolonged, of receiving the sacraments according to the rite of another *Church sui iuris* does not entail enrollment in that Church."[90]

Determination of adscription should receive special attention when there is reason to believe one or both of the parties are possibly Eastern Catholic, as can be the case based on ethnicity or country of origin. For example, if an Indian couple indicates their parishes of baptism are in Kerela, India, given the wide presence of Eastern Catholics in this area, a proper determination of their adscription should be diligently taken beyond a simple question.

85 *CCEO*, c. 29; *CIC*/83, c. 111.

86 *CCEO*, c. 1499; *CIC*/83, c. 17.

87 Sacred Congregation for the Eastern Churches, Private reply, 11 July 1952, in *CLD*, no. 3, 302. While this is perhaps not ecumenically sensitive, it's important to note that the act remains a crime in the *ius vigens* (*CCEO*, c. 1439; *CIC*/83 c. 1366).

88 Congregation for the Eastern Churches, *Nota*, Prot. N. 3/2002, 21 November 2002, in Gonçalves, *L'inscription dans une Église de droit propre*, 416.

89 *OE*, 3.

90 *CIC*/83, c. 112, § 2.

When the faithful are from the Middle East or parts of Eastern Europe, this is also a recommended praxis.

The Second Vatican Council, in referring to the Eastern Churches, said, "Far from being an obstacle to the Church's unity, a certain diversity of customs and observances only adds to her beauty and is of great help in carrying out her mission."[91] If we genuinely embrace the conciliar teaching that the Eastern Churches are to be preserved not only for their own sake, but for the sake of the Church's mission of proclaiming the Gospel, an obligation of understanding and supporting the membership of their Church is not simply a positive canonical directive but indeed one with deep theological grounding and a matter related to the divine command to baptize and make disciplines of all nations.[92] It is this Divine Law grounding that provides the legislator justification for subjecting individuals, including Latin Catholics, that induce individuals to transfer their adscription, to penalty for the commission of a delict.[93]

As Cardinal Barbarin noted, "The Easterners in the diaspora are in a fragile situation due to their immersion in a world overwhelmingly Latin in majority which does not know how to integrate them and how to preserve their proper identity. It is for this reason that the law of the Church is a precious aid."[94] The law of the Church provides clear direction for the pastors to identify an individual's adscription in order to provide the genuine pastoral care that reflects their needs and rights as a member of the Body of Christ, manifested in multiple Churches *sui iuris*. The right of the faithful to follow their own Church *sui iuris* and its associated rite was described by John Paul II in the apostolic constitution *Sacri canones* as "the very fundamental right of the human person, namely, of professing the faith in whatever their rite, drawn to a great extent from their very mother's womb."[95] The faithful of these Churches have their adscription implanted on their entire being. It is incumbent upon us, their pastors and those who aid their pastors through canonical ministry, to present a just and accurate service is to the faithful in the service of the *salus animarum suprema lex*.

[91] *UR*, no. 16. English translation in TANNER, vol. 2, 917.

[92] Matthew 28:19.

[93] *CCEO*, c. 1465.

[94] BARBARIN, "Préface", 6.

[95] JOHN PAUL II, Apostolic Constitution *Sacri canones*, October 18, 1990 in *AAS*, 82 (1990), 1035; English translation in English translation *Code of Canons of the Eastern Churches: Latin-English Edition, New English Translation*, Washington, Canon Law Society of America, 2001, xxii.

Studia canonica 54 | 2020, 525-578
doi: 10.2143/STC.54.2.3289269

THE USE OF A 'LIE DETECTOR' IN INVESTIGATIONS OF CLERGY

CANONICAL AND SOCIO-LEGAL IMPLICATIONS

JOSEPH LEE, SDB

SUMMARY — The protection of minors and vulnerable persons in the Catholic Church has entered a new "safeguarding" era. To address allegations of sexual abuse, some suggest that polygraph examinations be used in the psychological evaluations of clerics accused of sexual abuse. However, such investigations have canonical implications, interrelating with society and its laws. Mindful of recent papal and curial changes to norms, this study seeks to establish foundations for a clergy charter of rights and protections in response to movement towards ecclesiastical acceptance of polygraphs. Part One discusses the polygraph and canonists' thinking. Part Two is a case study of a priest referred for a polygraph-assisted evaluation. This is followed in Part Three by some canonical observations. The fourth part is a series of considerations to lay the groundwork for a charter to inform clerics including ordinaries and hierarchs.

RÉSUMÉ — La protection des personnes mineures et vulnérables dans l'Église Catholique est entrée dans une nouvelle ère de la « protection ». Afin d'adresser les allégations d'abus sexuels, certains ont suggérés l'utilisation d'examens polygraphes lors de l'évaluation psychologique d'un clerc accusé d'un tel crime. Cependant, ces enquêtes ont des implications canoniques qui sont interconnectées avec la société et ses lois. Conscient des récents changements dans les normes papales et cléricales, cette étude veut établir une base sur laquelle une déclaration des droits et protections du clergé peut être établie, en réponse au mouvement vers l'acceptation ecclésiastique des examens polygraphes. La première partie discute de l'examen polygraphe et des pensées du canoniste. La deuxième partie est une étude de cas d'un prêtre qui fut référé pour une évaluation avec polygraphe. Ceci est suivie, dans la troisième partie, par quelques observations canoniques. La quatrième partie est une série de considérations visant à établir les bases pour une chartre d'information destinée au clergé, incluant les ordinaires et hiérarques.

Introduction

The protection of minors and vulnerable persons has entered a new "safeguarding" era. Pope Francis says: "Looking ahead to the future, no effort must be spared to create a culture able to prevent such situations from happening, but also to prevent the possibility of their being covered up and perpetuated."[1] Moreover, the Holy Father notes: "we all have the duty to welcome openheartedly minors and vulnerable persons and to create a safe environment for them, with their interests as a priority."[2] Clearly, the sexual abuse of minors is not a uniquely Catholic problem but a "societal plague."[3] Nonetheless, the Church realises that "one case of clerical sexual abuse is too many."[4]

A recent proposal was for comprehensive psychological assessments of clerics referred for evaluation to include use of the polygraph or "lie detector" test where increased concealment seems apparent (e.g., when assessing sexual risk).[5] In fact, polygraph examinations reportedly are being used in forensic psychological evaluations of clerics in respect to physical and sexual risk.[6] Outside ecclesial settings, priests have undergone polygraph examinations as part of police investigations.[7] However, Church-initiated investigations which approve polygraph examinations have canon law implications, crossing over into the civil and criminal law. These examinations also face challenges in light of some significant changes made by Pope Francis pertaining to sexual abuse by clergy, such as the lifting of the pontifical

1 FRANCIS, Letter to the People of God, 20 August 2018, English translation, www.vatican.va/content/francesco/en/letters.

2 FRANCIS, apostolic letter m.p. on the protection of minors and vulnerable persons, 26 March 2019, www.vatican.va.

3 Thomas John PAPROCKI, "Confronting the Myths and Realities of Clerical Sexual Abuse of Minors in the Catholic Church," in *StC*, 53 (2019), 609 (= PAPROCKI, "Confronting the Myths"). For Church responses, see John Anthony RENKEN, "*Vos Estis Lux Mundi*: The Evolution of the Church's Response to Sexual Abuse and Its Cover-Up after the Vatican Summit," in *StC*, 53 (2019), 627-658.

4 PAPROCKI, "Confronting the Myths," 609.

5 See Alexander JACK and Daniel T. WILCOX, "The Psychological Assessment of Clerics," in *Pastoral Psychology*, 67 (2018), 55-64.

6 See Dan T. WILCOX, "A Polygraph-Assisted Psychological Assessment of Risk of Sexual Harm Posed by a Priest," in *European Polygraph*, 13 (2019), 92 (= WILCOX, "Polygraph-Assisted Psychological Assessment").

7 For instance, see Ben A. FRANKLIN, "Vindicated Priest Questions Power of Policemen," in *The New York Times*, 26 August 1979, 24 (= FRANKLIN, "Vindicated Priest").

secret, dated 6 December 2019,[8] and also in directions from the Congregation of the Doctrine of the Faith in the *Vademecum on certain points of procedure in treating cases of sexual abuse of minors committed by clerics*, dated 16 July 2020.[9] Moreover, a presbyter, deacon, or bishop subject to investigation, and the ordinary or hierarch beginning the investigation, are caught in a seeming conflict of values in the canonical and civil realms between freedom and security.[10] While authorities need to regulate and monitor the lives of clerics and church ministers, methods of inquiry and management must not violate canon 220 and the right to privacy.

> Demands for transparency, accountability, and access to information are reducing expectations regarding privacy. In order to defend the common good, it does appear today that individuals are increasingly expected to forego their rights. The protection of those who are vulnerable is essential, but a promise of security for all may come at a high cost: the diminishing of the right to privacy. The current climate of distrust concerning clerics is so intense that merely asserting that clerics have rights is criticized in some quarters.[11]

With reference to recent canonical norms, this study seeks to establish some foundation for a charter of rights and protections for clergy,[12] in the face of moves towards the ecclesiastical acceptance of the polygraph. The first part discusses the polygraph and the thinking of canonists. The next part is a case study of a priest referred for a psychological evaluation assisted by a polygraph examination. This is followed in Part Three by some canonical observations about the case. Then, in the fourth part, a series of points are analysed to lay the groundwork for a charter, centred on canon law and theology and fortified by philosophy, scientific studies, and debates about the polygraph, criminology, and criminal justice, and relevant civil law and case law.

[8] SECRETARY OF STATE, rescript *ex audientia Ssmm.*, Instruction on the Confidentiality of Legal Proceedings, 6 December 2019, www.vatican.va (= FRANCIS, Instruction on the Confidentiality of Legal Proceedings). These norms were given legislative approval by Pope Francis, so its authorship should be attributed to him; the Secretary of State promulgated the Instruction by means of the rescript.

[9] CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH, *Vademecum on certain points of procedure in treating cases of sexual abuse of minors committed by clerics*, 16 July 2020, www.vatican.va (= CDF, *Vademecum*). For a printed text, see *Origins*, 50 (2020), 188-199.

[10] See Michael BRADLEY, "The Evolution of the Right to Privacy in the 1983 Code: Canon 220," in *StC*, 38 (2004), 527-574 (= BRADLEY, "Evolution of the Right to Privacy").

[11] Ibid., 572.

[12] Of course, this study of the efficacy of the polygraph will also pertain in the Church for investigations involving persons who are not clerics and for matters other than allegations of sexual abuse of minors and vulnerable persons.

Throughout the discussion, there is the need to be conversant with the governing laws of a place. The Church yields to civil laws in canon law, insofar as they are not contrary to divine law or unless canon law specifies otherwise (c. 22, *CCEO* c. 1504). Particular churches live in societies and make direct contact with state authorities and its courts, to uphold the rights of the Church and to account for the failings of certain members.[13] Thus, there are references to several countries and subnational jurisdictions to illustrate trends the laws have taken in relation to the protection of children, use of the polygraph, various constitutional, charter, and other rights granted to citizens, and their civic duties.

1 — *Thoughts of Canonists on Polygraphs*

The polygraph or lie detector has various civil and criminal uses, such as screening for particular employment sectors, managing prisoners on parole, and even handling accusations in personal relationships.[14] By the 1990s, polygraphs were a regular investigative tool in law enforcement and reached fifteen countries outside the United States, and fifty-five countries kept some public or private polygraph resources.[15] Nonetheless, the United States has the highest reliance on the machine. By 1980, over one million lie detector tests were performed in that country annually.[16]

[13] Francis G. MORRISEY, "Canon Law Meets Civil Law," in *StC*, 32 (1998), 183-202. Indeed, the Catholic Church sexual abuse crisis has helped transform the private law of responsibility, as seen in legal redress sought by victims and survivors, and institutional liability arising from the criminal acts of individuals. See Mayo MORAN, "Cardinal Sins: How the Catholic Church Sexual Abuse Crisis Changed Private Law," in *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 21 (2019), 95-142.

[14] There are other descriptions of the device and the process, e.g., the instrumental detection of deception polygraph. See Nathan J. GORDON and William L. FLEISHER, *Effective Interviewing and Interrogation Techniques*, 4th ed., London, Academic Press, 2019, 311. The term "polygraph test" used in a forensic context generally refers to diagnostic procedures using a polygraph instrument to assess credibility, that is, the instrumental assessment of credibility; and also 'lie detection' by means of the psychophysiological detection of deception. See John J. PALMATIER and Louis ROVNER, "Credibility Assessment: Preliminary Process Theory, the Polygraph Process, and Construct Validity," in *International Journal of Psychophysiology*, 95 (2015), 3-13.

[15] See John Philipp BAESLER, *Clearer Than Truth: The Polygraph and the American Cold War*, Amherst and Boston, University of Massachusetts Press, 2018, 8.

[16] See Geoffrey C. BUNN, *The Truth Machine: A Social History of the Lie Detector*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2012, 2. Bunn suggests that this number has risen since 1988, despite the fact that in that year the government in the United States banned the use of the lie detector for private pre-employment screening, although there was an exemption for itself as a public employer. See ibid., 195.

The first modern polygraph was an instrument which recorded on paper three physiological processes: blood pressure, pulse rate, and respiration, and from these 'many writings' arose the term 'polygraph.'[17] A lie detector can also utilize voice analysis.[18] The impetus for investigations into deception is fundamentally to identify deceptive individuals and criminals for the safety of society.[19]

In popular imagination, the lie detector can detect lies by indications through a light or sound but, in reality, the operator of the machine must study the charts and make an informed guess as to whether a suspect is telling the truth.[20] Subjective and imperfect human judgement is inescapable. However, in view of the lack of accuracy of the polygraph, few United States jurisdictions permit polygraph evidence to be admitted in court, although nineteen states admit polygraph results when both parties consent.[21]

In the writings of canonists, there has been some discussion about the polygraph. Gregory Ingels mentions the thinking of Pope Pius XII, which found that the polygraph is an invasive test.[22] Ingels also recalls how, in 1976, the Papal Secretary of State, Cardinal J. Villot, issued an Instruction to pontifical representatives. It was cognizant of a document from the United Nations casting doubts about a personality test or lie detector test being presented as a recommendation, a necessary pre-condition, or even desirable for vocational recruitment, maintaining a position, or receiving a promotion.[23]

An interesting 1998 decision of the Congregation for the Clergy is also discussed by Ingels.[24] The case involved a bishop who ordered a pastor under

[17] See Don GRUBIN and Lars MADSEN, "Lie Detection and the Polygraph: A Historical Review," in *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 16 (2005), 360.

[18] In New South Wales, apart from physiological reactions of the body, the legislation also makes it an offence for a person for any prohibited purpose to use, request, or require another person to undergo an examination based on an instrument or apparatus to measure or monitor elements of stress, tonal variation, or vibration in the voice of another person. See *Lie Detectors Act 1983* (NSW) s 5.

[19] See Runxin YU, Si Jia WU, Audrey HUANG, et al., "Using Polygraph to Detect Passengers Carrying Illegal Items," in *Frontiers in Psychology*, 10:322 (2019), doi: 10.3389/fpsyg.2019.00322.

[20] See Geoffrey C. BUNN, "'Supposing That Truth Is a Woman, What Then?': The Lie Detector, the Love Machine, and the Logic of Fantasy," in *History of the Human Sciences*, 32 (2019), 139.

[21] See Madison KILBRIDE and Jason IULIANO, "Neuro Lie Detection and Mental Privacy," in *Maryland Law Review*, 75 (2015), 164.

[22] See Gregory INGELS, "Protecting the Right to Privacy When Examining Issues Affecting the Life and Ministry of Clerics and Religious," in *StC*, 34 (2000), 439-466.

[23] See ibid., 442.

[24] See CONGREGATION FOR THE CLERGY, letter to Most Reverend N., Bishop of X., prot. no. 98000XXXX, 8 October 1998, in ibid., 459-460.

obedience to submit to a psychological assessment at a specific facility. The pastor perceived the directive as an undue encroachment on his right to privacy and, after recourse to the Congregation for the Clergy, the Congregation upheld the recourse of the pastor. The bishop could not, under pain of obedience, oblige the priest to undergo psychological assessment. Although the question was not specifically addressed, this decision *a fortiori* also would preclude demanding a polygraph examination.

Another view is in relation to the *Charter for the Protection of Children and Young People* of the United States and canon 220 on the right to protect one's privacy, as well as canon 1717 § 2 concerning taking care that one's good name not be endangered by the preliminary investigation of the penal process. Patrick Lagges writes how, in a preliminary investigation (or at least for the trial itself) it might seem advantageous to have a psychological evaluation to determine culpability.[25] Nevertheless, the testing must be voluntary, and some means are not moral, such as the polygraph. They are an unjustified intrusion into the depths of the personality and can cause serious psychic injuries.[26]

Assuming voluntary participation, the question may be asked whether an accused cleric should take a polygraph examination. John A. Alesandro addresses the issue of the admissibility of polygraph evidence in a penal trial of a priest accused of violating canon 1395 § 2, wherein a guilty verdict may lead to dismissal from the clerical state.[27] Much is left to the prudent evaluation by the judge(s), so long as personal rights are upheld, including the right to privacy (c. 220) and the right to defence (c. 1720, 1°).

The polygraph examiner's testimony is considered as one by an expert (cc. 1574-1581). The test is regarded as legitimate proof *per se*, and "the problem for the judge is to determine just how much 'art of science' polygraph testing represents, something that must be decided on a case-by-case basis."[28] The judge can admit a properly administered polygraph test result in a penal trial under the rubric of canon 1527 § 1 as licit "proofs of any kind" useful for judging the case. The results would not be full proof as such but as "adminicular evidence, which depending on the specific information it provides and other relevant circumstances of the case, may be given greater or lesser probative value by the judges."[29] Furthermore, Alesandro stresses that the polygraph

[25] See Patrick Lagges, "The Penal Process: The Preliminary Investigation in Light of the Essential Norms of the United States," in *StC*, 38 (2004), 461-462.

[26] See ibid., 405.

[27] See John A. Alesandro, "Polygraph Evidence in a Penal Trial," in *RR 2010*, 175-177 (= Alesandro, "Polygraph Evidence in a Penal Trial").

[28] Ibid., 175.

[29] Ibid., 176.

information ought to be gained voluntarily from the cleric, since an accused person is not bound to confess a delict or to take an oath (c. 1728 § 2). If the cleric took a polygraph test by force, then it would "certainly be equivalent to forcing him to testify under oath: such evidence must, therefore, be rejected as an illegitimate invasion of privacy and the right of defense."[30] However, if the voluntarily administered test results are unfavourable to the accused, the judge still may admit the expert testimony, over against any objections. In that case, the cleric could question the results on other grounds, such as to explain one's emotional reactions. He could follow canon 1527 § 2, but in reverse, requesting the judge to reject the polygraph results.[31]

2 — *A Case Study*

Some psychologists argue that, for evaluating sexual risk, the polygraph instrument has been found to be of benefit, particularly when there are substantive concerns and "hard evidence"[32] is lacking. The polygraph is discussed in terms of truth facilitation rather than as a lie detector, since much more information is gathered during a polygraph examination than a judgment about someone being truthful or deceitful.[33] For example, in a case discussed by Dan T. Wilcox from the United Kingdom, the polygraph assisted in achieving greater disclosure in the psychological assessment of a cleric, responding to safeguarding concerns, and assessment of sexual risk.[34] The polygraph provides "important opportunities to examine the sexualised thinking and behaviours of individuals being assessed, in ways that conventional tools often cannot equal."[35]

30 Ibid.

31 See ibid., 177. This is to be decided *expeditissime*. The objection must be noted so that it can be reviewed on appeal.

32 Jack and Wilcox, "Psychological Assessment of Clerics," 62.

33 Jack and Wilcox also refer to judging true and false responses: "The polygraph is considered to be much more accurate in terms of distinguishing between truthful and deceptive responses than even the most astute professionals who do not employ this technology." Ibid., 62.

34 See Wilcox, "Polygraph-Assisted Psychological Assessment," 85-93. Wilcox acknowledges the assistance provided by a polygraphist and a forensic psychologist in this assessment.

35 Ibid., 86. Others concur, e.g.: [the polygraph takes] "the investigator where no other investigative tool can go—into the mind of the suspect. Today it is without question the 'gold standard' for truth verification." Nathan J. Gordon, *Essentials of Polygraph and Polygraph Testing*, Boca Raton, CRC Press, 2017, xi.

The complaint was that a priest in England had sexually touched a fifteen-year-old female parishioner on the breast and buttocks at a parish function. Being distressed, she reported the incident to the Church's safeguarding body, over her family's objections. They were afraid of what might happen next and chose to move to another parish. The priest's use of social media was also a concern, since he "had his own web pages with, reportedly, many thousands of friends on Facebook, where images of children and young people had been noted to be present."[36] The police analysed his computer but no charges resulted.

Wilcox notes that it was also alleged that the priest asked the girl who made the allegations to "friend him on Facebook." He sent her a message which began, "hey babe, how are you doing?" After speaking with her parents, the girl reportedly blocked the priest from any further communications. The priest denied any sexually inappropriate intentions or behaviour, and there was insufficient evidence to proceed with any canonical investigation. Yet, the priest was prepared to cooperate with the Church safeguarding body, in order to clear his name and resume ministry.[37]

Over the course of four appointments, the priest appeared cooperative, but Wilcox doubted his willingness to be disclosing. Prior to the third polygraph appointment, the priest was asked to answer a Sexual History Disclosure Form (SHDF) covering types of behaviour linked to sexual expression during one's life. "It examines early sexual experiences, masturbation habits, and an extensive consideration of wide-ranging, normal, atypical and deviant sexual interests or involvements, up to the present."[38] At the polygraph appointment interview, Wilcox found inconsistencies in the priest's responding and formed an impression that he was being deceptive regarding information reported on the SHDF. The polygraph was postponed, and the priest was asked to complete another SHDF. The importance of revealing all sexual activity was reinforced.[39]

At the next appointment, the priest disclosed more information and, at the end of the pre-test interview, the priest consented to be polygraphed, agreeing to answer three relevant questions about interactions with children under the age of sixteen for sexual reasons.[40] The result of the polygraph was that deception was indicated. Although the priest expressed surprise at these results and his anxiety levels were visibly higher, he was encouraged to try to explain

[36] WILCOX, "Polygraph-Assisted Psychological Assessment," 86.
[37] See ibid., 87.
[38] Ibid., 88.
[39] See ibid., 89.
[40] See ibid., 90.

the outcome. After some supportive prompting, Wilcox said the priest gave further indications of a paedophilic interest in children. The assessment concluded that the priest had not been sufficiently open in the process. The carefully structured interviews and use of the polygraph led to information the priest posed an active, sexual risk, especially to female minors.

While there are several disclosures made by the priest which caused concern, this study concentrates on any which is subject to sanction, that is, a canonical delict, defined as an external violation of a law or precept, which is gravely imputable by reason of malice or negligence (c. 1321 § 1).

3 — *Canonical Observations*

This part of the study reviews and applies relevant norms of the Apostolic See and recent changes to the law pertaining to the more grave delicts committed by a cleric against the sixth commandment of the Decalogue with a minor below the age of eighteen years.

3.1 — Apparent Admissions of Delicts and Crimes

Continuing an analysis of the above case, Wilcox reports that the priest acknowledged that he had viewed fewer than five videos of children under sixteen years old engaging in sexual activity. He claimed that he did not retain these but deleted them after viewing.[41] The priest also admitted having put his hand on the breast and buttocks of the adolescent girl who had reported him, although he initially stated that he had only "cuddled" her.[42]

Under the previous *Normae de gravioribus delictis* promulgated by the motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* (*SST*)[43] involving delicts reserved to the Congregation for the Doctrine of the Faith, and also under the new text of the *Normae de gravioribus delictis* revised by Pope Benedict XVI in 2010,[44] one of the more grave delicts against morals is "the acquisition, possession, or distribution by a cleric of pornographic images of pornographic

[41] Ibid., 89.

[42] Ibid., 90.

[43] John Paul II, apostolic letter m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 April 2001, in *AAS*, 93 (2001), 737-739; Congregation for the Doctrine of the Faith, letter *Ad exequendam*, 18 May 2001, in *AAS*, 93 (2001), 785-788.

[44] Congregation for the Doctrine of the Faith, rescript *ex audientia Ssmm*, *Normae de gravioribus delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis*, 21 May 2010, in *AAS*, 102 (2010), 419-430.

images of minors under the age of fourteen, for purposes of sexual gratification, by whatever means or using whatever technology" (*Normae de gravioribus delictis* art. 6, § 1, 2°). However, the 2019 motu proprio *Vos estis lux mundi*[45] defines a minor as "any person under the age of eighteen, or who is considered by law to be the equivalent of a minor" (*Vos estis* art. 1, § 2a). It also notes that "child pornography" refers to "any representation of a minor, regardless of the means used, involved in explicit sexual activities, whether real or simulated, and any representation of sexual organs of minors for primarily sexual purposes" (*Vos estis* art. 1, § 2c). Thus, the grave delict of child pornography pertains to minors under eighteen—not fourteen—and those equivalent in law to such a person, for acts occurring on or after 1 June 2019.

As promulgated in a rescript dated 3 December 2019, Pope Francis amended the *Normae de gravioribus delictis* reserved to the judgement of the Congregation for the Doctrine of the Faith, which reads, "Art. 6 § 1, 2° *Sacramentorum sanctitatis tutela* is replaced in its entirety by the following text: 'The acquisition, possession or distribution by a cleric of pornographic images of minors under the age of eighteen, for purposes of sexual gratification, by whatever means or using whatever technology'."[46] This change took effect on 1 January 2020.

The Congregation for the Doctrine of the Faith recently issued a *Vademecum on certain points of procedure in treating cases of sexual abuse of minors committed by clerics*, Version 1.0, 16 July 2020,[47] which states that "the delict in question includes every external offense against the sixth commandment of the Decalogue committed by a cleric with a minor (cf. c. 1395 § 2 CIC; *SST* art. 6 § 1, 1º)" (*Vademecum* 1). *Vademecum* 6 adds the qualifier "temporary" to the possession of child pornography. Thus, *SST* introduced "three new delicts involving minors, i.e., the acquisition, possession (even temporary) or distribution by a cleric of pornographic images of minors under the age of 14 (as of 1 January 2020, under the age of 18) for purposes of sexual gratification by whatever means or using whatever technology."[48]

[45] Francis, apostolic letter m.p. *Vos estis lux mundi*, 7 May 2019, www.vatican.va [effective 1 June 2019, *ad experimentum* for three years].

[46] Secretary of State and Congregation for the Doctrine of the Faith, rescript *ex audientia Ssmm.*, "Normae de gravioribus delictis," 3 December 2019, article 1, English translation https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2019/12/17/191217a.html.

[47] CDF, *Vademecum*, cited in note 9 above.

[48] The text also notes, "from 1 June to 31 December 2019, the acquisition, possession, or distribution of pornographic material involving minors between 14 and 18 years of age by clerics or by members of Institutes of Consecrated Life or Societies of Apostolic Life are delicts for which other Dicasteries are competent (cf. arts. 1 and 7 VELM). From 1 January 2020, the CDF is competent for these delicts if committed by clerics" (*Vademecum* 6). Further, "[i]t

Applying the above norms, it appears the cleric in the case reported by Wilcox has admitted to a grave delict, by viewing pornography involving children under the age of sixteen. Moreover, a separate grave delict is one committed by a cleric against the sixth commandment of the Decalogue with a minor below the age of eighteen years; and "a person who habitually has the imperfect use of reason is to be considered equivalent to a minor" (*Normae de gravioribus delictis* art. 6 § 1, 1°). In the case under consideration, the priest admitted to inappropriate touching of the fifteen-year-old female. The delict is an external offense against the sixth commandment of the Decalogue with a minor (cf. c. 1395 § 2; art. 6 § 1, 1° *SST*), which includes "physical contact for sexual gratification" (*Vademecum* 2). These two admissions of the priest *prima facie* are more grave delicts reserved to the Congregation for the Doctrine of the Faith. The psychological assessment report would have adequate information about a possible delict (*notitia de delicto*, c. 1717 § 1; *CCEO* c. 1468 § 1; *Normae* art. 16; *Vos estis* art. 3, *Vademcum* 9-31), and potentially could lead to a preliminary investigation. The results of such an investigation are to be sent by the Ordinary or Hierarch without delay to the CDF (*Vademecum* 69).

In the criminal law of a jurisdiction, there are most likely crimes against minors. For example, in the Canadian Criminal Code, child pornography means visual representations showing a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity. The offences include distribution, making, possession and accessing child pornography.[49] The offence of sexual interference involves touching, directly or indirectly, for sexual purposes, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of sixteen.[50] Moreover, other jurisdictions have laws relating to the reporting of child sexual abuse. For example, in England, there is no legal requirement for those working with children to report known or suspected child abuse or neglect.[51] However, in Wales, certain public bodies have a duty to inform the local authority if they have "reasonable cause to

should be noted that these three delicts can be addressed canonically only after the date that *SST* took effect, namely, 21 May 2010. The production of pornography involving minors, on the other hand, falls under the typology of delict listed in nos. 1-4 of the present *Vademecum*, and therefore is also to be dealt with if it occurred prior to that date" (*Vademecum* 7).

49 *Criminal Code*, RSC 1985, c. C – 46, ss. 163.1 (1)-(4).

50 Ibid., s. 151.

51 David Foster, *Child Protection: Duties to Report Concerns (England), Briefing Paper Number 6793, 28 February 2020*, House of Commons Library, 2020, 3. Foster adds, "Nevertheless, the statutory guidance, Working Together to Safeguard Children, states that "anyone who has concerns about a child's welfare should make a referral to local authority

suspect that a child" is at risk of or experiencing abuse, neglect or other kinds of harm, or needs care and support.[52] This duty applies not to individuals but at an organisational level.

3.2 — Experts and Choice

While the above case indicates the priest voluntarily consented to the psychological evaluation and polygraph examination, there are still concerns regarding the respect for privacy, free consent, and how that is exercised in other situations involving psychologists as experts. Canon law sees a role for psychological experts, as with those used in marriage nullity cases.[53] When using an expert, canon 220 (*CCEO* c. 23) is relevant. It holds that no one is permitted to illegitimately harm the good reputation of a person or injure the right of any person to protect his or her own privacy.

An analogous circumstance in using experts is in the discernment of vocations to the ordained ministry and consecrated life, which is somewhat equivalent to using experts to assess suitability for ministry. In 2008, the Congregation for Catholic Education issued *Guidelines for the Use of Psychology in the Admission and Formation of Candidates for the Priesthood*.[54] The guidelines say that candidates should be permitted to freely see an expert they choose who is acceptable to the formation staff, or candidates can choose experts from a list communicated by the staff. "According to the possibilities, the candidates should be guaranteed a free choice from among various experts who possess the requisites indicated."[55]

The canonical respect for freedom is evident when it is foreseen that a candidate may refuse a request to undergo a psychological evaluation. The formators are not to "force his will in any way. Instead, they will prudently

children's social care and should do so immediately if there is a concern that the child is suffering significant harm or is likely to do so."

52 Ibid.

53 See D.L. Fenn and E.D. Rossini, "Roman Catholic Marriage Tribunals: The Use of Psychological Testing in Marital Annulment Proceedings," in *Professional Psychology: Research and Practice*, 48 (2017), 211-215.

54 See Congregation for Catholic Education, Guidelines for the Use of Psychology in the Admission and Formation of Candidates for the Priesthood, 29 June 2008, www.vatican.va (= CCE, *Guidelines*). This document has a long history as recounted in J. Michael Miller, "Setting the Stage for Psychology's Role in Priestly Formation and the Creation of the "Guidelines" Document," in *Seminary Journal*, 16 (2010), 22-30.

55 CCE, *Guidelines*, no. 12.

proceed in the work of discernment with the knowledge they already have."[56] Canon 223 § 1 (*CCEO* c. 26) sets out how the exercise of the rights of the Christian faithful must take into account the common good of the Church, the rights of others, and one's own duties toward others. "In view of the common good, ecclesiastical authority can direct the exercise of rights which are proper to the Christian faithful" (c. 223 § 2). However, in the case above, there seems to have been to be no choice offered. Similarly, in the procedures involving the more grave delicts, the providing of facts should refrain completely "from any premature judgment about the guilt or innocence of the person accused (since this is to be established only by an eventual penal process aimed at verifying the basis of the accusation), and respecting any desire for privacy expressed by the alleged victims" (*Vademecum* 45).[57]

3.3 — Ecclesiastical Records, Secrets, and Civil Authorities

Documents produced in canonical proceedings and personal information could potentially be legally obtained by civil authorities. For example, in the United States, some recommend that marriage tribunal records ought to be protected by invoking the Establishment and Free Exercise clauses of the First Amendment whenever possible.[58] Documents can also be defended against discovery by way of the Religious Freedom Restoration Act (RFRA), as well as some state and common law defences.[59] Nonetheless, it requires more analysis in cases alleging clerical misconduct and claims of negligent selection, assignment, or supervision of church ministers arising relative to

[56] Ibid. See also canon 1052 § 1: "For a bishop conferring ordination by his own right to proceed to the ordination, he must be sure that the documents mentioned in can. 1050 are at hand and that, after the investigation has been conducted according to the norm of law, positive arguments have proven the suitability of the candidate."

[57] Referring to the State, the *Compendium of the Social Doctrine of the Church* states, "*Officials of the court are especially called to exercise due discretion in their investigations* so as not to violate the rights of the accused to confidentiality and in order not to undermine the principle of the presumption of innocence" (emphasis in original). PONTIFICAL COUNCIL FOR JUSTICE AND PEACE, *Compendium of the Social Doctrine of the Church*, Libreria Editrice Vaticana, 2004 (= PCJP, *Compendium*).

[58] John A. ALESANDRO, "Overview of the Revised Code of Canon Law," in *The Catholic Lawyer*, 29 (1984), 185.

[59] Jeffrey Hunter MOON, "Protection against the Discovery or Disclosure of Church Documents and Records," in *The Catholic Lawyer*, 39 (1999), 27-54. See also Brian LUCAS, "Are Our Archives Safe? An Ecclesial View of Search Warrants," in CLSANZ, *Proceedings of the Thirtieth Annual Conference*, 7-11 October 1996, 49-74; and William J. KING and Victoria VONDENBERGER, "Argument against Civil Law Subpoena for the Acts of a Marriage Case," in *RR 2018*, 183-202.

what the Church knew or had reason to know about the cleric's tendencies and behaviour.[60]

Some particular churches may choose to offer agents of the state information. For example, in 2003, after the conviction of John J. Geoghan for molestation, the Archdiocese of Boston published the *Policies and Procedures for the Protection of Children* as a guide for church personnel in reporting child abuse claims to civil and ecclesiastical authorities.[61] The archdiocese stated that it would cooperate with civil authorities in child abuse investigations, including access to documentary evidence restricted by canon law.[62]

Recent canonical norms on secrecy highlights a growing trend in this direction of cooperation with the state. The *Vademecum* sets out that the preliminary investigation phase, which takes place after a *notitia de delicto* is received and is found plausible (*Vademecum* 16, 2010 Revised Norms *SST* art. 16), is bound by the secret of office (*Vademecum* 30).[63] This secret applies to accusations, processes, and decisions relative to delicts mentioned in art. 6 *SST* (*Vademecum* 47). Thus, "[o]n the day and time of the session in which the accusations and proofs are made known, the file containing the acts of the preliminary investigation is shown to the accused and to his advocate, if the latter is present. The obligation to respect the secret of office should be made known" (*Vademecum* 101).

There are several persons who will have knowledge about a case. Assessors who receive the entire file of the process for study and evaluation are obliged to observe the secret of office (*Vademecum* 116). Similarly, if the evaluation of proofs and defence arguments occurs in a joint session, the *Vademecum* advises that a series of notes on the interventions and discussions in the form of minutes are signed by the participants. Such written notes fall under the same secret (*Vademecum* 118). The procedural acts and the decision are also under the secret of office (*Vademecum* 47, 140), and "[a]ll taking part in the process, in any capacity, should be constantly reminded of this" (*Vademecum* 140). Similarly, if requested, ordinaries and hierarchs should inform the alleged victim and the accused in suitable ways about the individual phases of

[60] Nicholas P. Cafardi, "Discovering the Secret Archives: Evidentiary Privileges for Church Records," in *Journal of Law and Religion*, 10 (1993), 95-120.

[61] See Amanda M. Pike, "Discovering Records beneath the Robes: Canonical Protection and Civil Resurrection of the Boston Archdiocese Secret Archives," in *Journal of Information Ethics*, 19 (2010), 86-98.

[62] Ibid., 93.

[63] However, an obligation of silence regarding the allegations cannot be imposed on the one who reports the matter, on a person who claims to have been harmed, and on witnesses. See *Vademecum* 30.

proceedings, "taking care not to reveal information covered by the pontifical secret or the secret of office" (*Vademecum* 164), referring to the 6 December 2019 Instruction on the Confidentiality of Legal Proceedings,[64] to prevent harm to third parties. Nonetheless, this December 2019 Instruction about the pontifical secret permits reporting to civil authorities.[65] Article 4 states: "Office confidentiality[66] shall not prevent the fulfilment of the obligations laid down in all places by civil laws, including any reporting obligations, and the execution of enforceable requests of civil judicial authorities."[67] Consequently, the Vatican News headline read: "The Pope abolishes the pontifical secret in cases of sexual abuse. Pope Francis is now making testimony collected in canonical processes available to legal authorities."[68]

Bishop Juan Ignacio Arrieta, secretary of the Pontifical Council for Legislative Texts, commented on the Instruction, which intends to specify the degree of confidentiality pertaining to reports of sexual abuse committed by clerics or consecrated persons against minors and other subjects. He refers to any conduct by ecclesiastical authorities which might tend to silence or cover up. Arrieta explains that the Instruction reaffirms the obligation of professional secrecy.

> Therefore, no. 4 of the Instruction reaffirms that the professional secrecy which must be observed in these cases may in no situation be an obstacle to "the fulfilment of the obligations laid down in all places by the laws of the State, including any reporting obligations [of possible news of a crime], and the execution of the enforcement requests of the civil courts" which, naturally, could oblige the delivery, for example, of documentary material of the external forum.[69]

64 Cited above, note 8.

65 Specifically, the first article of the Instruction reads: "The pontifical secret does not apply to accusations, trials and decisions involving the offences referred to in: a) Article 1 of the Motu proprio *Vos estis lux mundi* (7 May 2019); b) Article 6 of the *Normae de gravioribus delictis* reserved to the judgement of the Congregation for the Doctrine of the Faith, in accordance with the Motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* of Saint John Paul II (30 April 2001), and subsequent amendments."

66 The Vatican translation "office confidentiality" (*il segreto d'ufficio*) refers to professional secrecy.

67 Francis, Instruction on the Confidentiality of Legal Proceedings, no. 4.

68 *Vatican News*, 17 December 2019, www.vaticannews.va/en/pope/news/2019-12.

69 Juan Ignacio Arrieta, Commentary on the Instruction, 17 December 2019, Holy See Press Office, https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2019/12/17/191217f.html. The English text of article 4 of the Instruction quoted by Bishop Arrieta differs slightly from the English text of the same instruction on the Vatican website, which reads, "the obligations laid down in all places by civil laws, including any reporting obligations, and the execution of enforceable requests of civil judicial authorities."

The *Vademecum* reinforces that the persons involved are to be informed that "in the event of a "judicial seizure or a subpoena of the acts of the investigation on the part of civil authorities, it will no longer be possible for the Church to guarantee the confidentiality of the depositions and documentation acquired from the canonical investigation" (*Vademecum* 44). In short, every ecclesiastical process involving alleged sexual abuse committed by clerics or consecrated persons against minors and vulnerable persons, whether the process is judicial or extra-extrajudicial, whether preliminary or penal, has become a *quasi* civil or criminal concurrent process, because it could be made available to the state as evidentiary material. This includes disclosures made during a polygraph examination.

4 — *Foundations for a Charter of Rights and Protections for Clergy*

Clergy under investigation, as well ordinaries and hierarchs charged with opening preliminary investigations, need access to expert knowledge in both civil and canon law. Concomitantly, there are new responsibilities for canonists to uphold the rights of accused clerics. Book Two of the Code on Christ's faithful is likened to a charter of rights and obligations.[70] Clerics legitimately defend the rights they possess in the competent ecclesiastical forum (c. 221 § 1). Increasingly, however, they are being compelled to do so, including sometimes the "majority, non-sexual-offending priest population."[71] In matters of sexual abuse allegations, the canonical questions focus mostly on the cleric and his bishop or major superior.[72]

This part presents foundations for a charter of clergy rights and protections with respect to expanded use of polygraph examinations. The canonical and theological thought is fortified by prominent considerations about the polygraph: scientific counterarguments and problems, insights from criminology and criminal justice, and the right to defence in civil and canon law. Other bodies of knowledge are valuable and helpful to those subject to canon

[70] See Eamonn G. HALL, "Reflections of a Common Law Lawyer on the Canon Law," in *Studies*, 102 (2013), 83.

[71] Anthony ISACCO, Ethan SAHKER, Elizabeth KRINOCK, et al., "How Religious Beliefs and Practices Influence the Psychological Health of Catholic Priests," in *American Journal of Men's Health*, 10 (2016), 325 (= ISACCO et al., "How Religious Beliefs").

[72] See Francis G. MORRISEY, "Addressing the Issue of Clergy Abuse," in *StC*, 35 (2001), 420.

law (c. 1; *CCEO* c. 1), as they are also citizens in a society founded on principles and governed by law.[73]

4.1 — Pope Pius XII

Pope Pius XII's allocution on psychology and Catholic anthropology is worth revisiting. It appears to be largely underappreciated in Catholic scholarship, but it is relevant to legal thinking on topics such as the privacy of the person and the importance of free consent.

The 13th International Conference on Applied Psychology (ICAP) was held in Rome in 1958, and the organizers invited Pope Pius XII to offer a reflection on psychology and moral doctrine.[74] In his address on 10 April 1958, Pius XII stated that he had been invited to speak about the several tests affecting the intimacy of the subjects assessed and the moral boundaries of the psychologist's professional intervention. The meeting's records indicate that this address clearly manifested "the interest of the Supreme Pontiff in the moral dimension of the psychologist's interventions on his/her clients, and in the religious view of the human person […] this was an occasion marked by the important declaration of the Pope, who made it one of his few opportunities to state his thoughts on these matters related to psychological intervention and exercise.[75]

The subject of Pope Pius XII's address was "respect for the privacy of the person."[76] While the term "personality" has different meanings, Pius XII defined it as "the psychosomatic unity of man, as determined and governed by the soul."[77] On questions of privacy and ethical standards for psychologists,

[73] There is interaction and crossover where the "Church and the political community, in fact, express themselves in organized structures that are not ends in themselves but are intended for the service of man, to help him to exercise his rights fully, those inherent in his reality as a citizen and a Christian, and to fulfil correctly his corresponding duties." PCJP, *Compendium*, 425.

[74] See Helio Carpintero, "The Association across Europe (1951–1971)," in Helio Carpintero, Rubén Ardila and Ana M. Jacó-Vilela (eds.), *International Association of Applied Psychology: A Centennial History 1920–2020*, Hoboken and Chichester, John Wiley & Sons, International Association of Applied Psychology, 2020, 92.

[75] Ibid., 93

[76] See Pius XII, Address to the Participants of the XIII International Congress of Applied Psychology, 10 April 1958, no. 2, in *AAS*, 50 (1958), 268-282, English translation in https://nacn-usa.org/wp-content/uploads/Pius-XII-1958-Applied-Psychology.pdf (= Pius XII, Address to ICAP). The original title of the allocution in the *AAS* is "Iis qui interfuerunt Conventui XIII Societatis internationalis 'de Psychologie appliquée'."

[77] Ibid.

the Supreme Pontiff explained: "it does not escape the best psychologists that the most skilful use of existing methods does not penetrate into the area of the psyche, which constitutes, so to speak, the center of the personality and always remains a mystery. At this point, the psychologist cannot help but modestly recognize the limits of his possibilities and respect the individuality of man…."[78]

Pius XII's teaching about the polygraph is centred on the violation of personal privacy, as he told the ICAP audience:

> … you often highlight the objections raised by the penetration of the psychologist into the intimate personality of another. Thus, for example, the use of narcoanalysis,[79] already discussed in psychotherapy, is considered illegal in the judicial field; also, the use of the *lie detector* called *lie-detector* or *polygraph* […] In summary, it can be said that sometimes it is necessary to deplore the unjustified intrusion of the psychologist into the deep personality and the serious psychic damages that result for the patient and even for third persons.[80]

For Pius XII, the content of the psyche belongs exclusively to the person as the subject of experiences and treatment and is known only by that person.[81] Behaviour manifests something of the person and, when psychologists deal with what is revealed to them, they do not violate "the intimate psychism of the subject."[82]

On the subject of consent, the Roman Pontiff asks whether the consent of the person is sufficient to open the psychologist's doors without reserve. "If that consent is unjustly taken away, every action of the psychologist shall be unlawful; if it is vitiated by a lack of freedom (due to ignorance, error or

[78] Ibid., no. 5.

[79] Narcoanalysis consists "of a special form of interrogation under the action of a hypnotic substance (sodium pentothal, commonly known as 'truth serum') which, when injected intravenously in calculated doses, favors revelation of attitudes or mental contents that the subject, when in a state of clear conscience, has intentionally or unconsciously hidden." Ibid., footnote 3.

[80] Ibid., no. 5. The polygraph is "a device that allows the simultaneous recording of the diverse somatic manifestations—by their own nature uncontrollable by the subject—that accompany the emotional attitudes that occur under certain conditions at the same time as conscious lying, of which the somatic manifestations they become, therefore, indirect indications, apart from any deliberate participation of the subject examined." Ibid., footnote 3.

[81] Ibid., no. 7.

[82] Ibid. The pope explains that there is a large part of a person's inner world "that the person only discovers some confidants and defends against the interference of others. Certain things will even be kept secret at all costs and in front of anyone. There are others, finally, that the individual would not know how to consider. Psychology also shows that there is a region of intimate psychism—in particular of tendencies and dispositions—so hidden that the individual does not get to know it, not even to suspect it."

deception), any attempt to penetrate the depths of the soul will be immoral."[83] Nevertheless, if consent has been freely given, then psychologists can, "but not always, act according to the principles of his science, without contravening moral standards. It is necessary to see if the interested party has not exceeded the limits of their competence and their ability to give a valid consent. Man, in fact, does not have unlimited power over himself."[84]

One moral theologian did not see Pius XII's address as a condemnation of the lie detector. Instead, he held that Pius XII was speaking of the *legality* of using polygraphs and narcoanalysis instead of the *morality*.[85] Earlier in 1939, Walter G. Summers, S.J. reported that for five years a group at Fordham University experimented with various psychogalvanometric methods with the aim of developing a way to measure emotion more accurately.[86] Their results demonstrated a measurable difference of electrical reaction to truth and to falsehood. His paper was titled, "Science Can Get the Confession," although more recently other scientists have rebutted such claims.[87] Other theological discussion of polygraphs have not referred to Pius XII.[88]

The ideas of Pius XII on respecting the inner dimensions of the person have surprisingly appeared in the secular arena. The address has been referred to in social histories,[89] popular scientific books,[90] university

[83] There is an apparent error in the English translation which reads, "If that consent is unjustly taken away, every action of the psychologist shall be lawful [sic]..." which, from the context, is incorrect. The original text reads: "Si ce consentement est extorqué injustement, toute action du psychologue sera illicite..." (p. 277). That is, "illicite" should be translated as "unlawful."

[84] PIUS XII, Address to ICAP, no. 7.

[85] See John R. CONNERY, "Notes on Moral Theology," in *Theological Studies*, 19 (1958), 556-557. Connery also makes the point, "Nothing is said about the use of either of these procedures in criminal investigation or police interrogation. With the permission of the suspect, therefore, it would still be allowed to resort to either of these procedures." Ibid., 557.

[86] See Walter G. SUMMERS, "Science Can Get the Confession," in *Fordham Law Review*, 334 (1939), 334-354.

[87] For example, see David T. LYKKEN, "Trial by Polygraph," in *Behavioral Sciences and the Law*, 2 (1984), 79.

[88] See Richard A. MCCORMICK, "The Polygraph in Business and Industry," in *Theological Studies*, 27 (1966), 421-433. McCormick finds that, in businesses of those times, the polygraph was used for pre-employment screening, periodic rescreening, and specific-instance testing (e.g. theft at work).

[89] See Kerry SEGRAVE, *Lie Detectors: A Social History*, Jefferson, NC, McFarland, 2004, 71; Ken ALDER, *The Lie Detectors: The History of an American Obsession*, New York, Free Press, 2007, 253.

[90] See David T. LYKKEN, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*, Plenum Press, 1998, 47; originally published in 1981, NY/Montreal, McGraw-Hill.

magazines,[91] academic legal scholarship,[92] European historical research,[93] by judges in secular court cases,[94] and elsewhere. For instance, in a 1973 hearing before a subcommittee of the United States House of Representatives, the American Civil Liberties Union (ACLU) noted that polygraph critics tended to avoid constitutional and ethical arguments against the machine perhaps due to "the available evidence that the polygraph technique is unreliable: it does not seem necessary to make a mere theoretical argument which implicitly appears to concede reliability."[95] The ACLU found instead the ethical argument was persuasive against the use of the polygraph in other countries such as those in Europe:

> … the courts, legal codes, and authoritative commentators have long rejected the lie detector as an impermissible police technique, not on the ground of its error ratio—but because it is felt to violate the essential dignity of the human personality, and individuality of the citizen. It was this formulation of the issue that led Pope Pius XII in 1958 to condemn the lie detector (along with narco-analysis for investigative purposes) as an intrusion into man's 'interior domain', invalid morally even when used for governmental purposes.[96]

The ACLU cited Professor Alan Westin, a pioneer of the modern right to privacy, and referred to his book, *Privacy and Freedom*. This book was

[91] See Eli WOLFE, "Catching the Brain in a Lie: Is 'Mind Reading' Deception Detection Sci-Fi or Science?" in *CALIFORNIA Magazine*, 22 July 2015, https://alumni.berkeley.edu/california-magazine/just-in/2016-02-18/catching-brain-lie-mind-reading-deception-detection-sci-fi-or.

[92] See Richard H. UNDERWOOD, "Truth Verifiers: from the Hot Iron to the Lie Detector," in *Kentucky Law Journal*, 84 (1996), 628.

[93] As this account notes, "[w]ith a clear sideswipe against non-psychoanalysic [sic] methods of experimental psychology, such as tests and the lie detector, and the psychiatric use of mind-altering drugs, the Pope insisted that the 'true center of the person' is and must remain a secret." Benjamin ZIEMANN, "The Gospel of Psychology: Therapeutic Concepts and the Scientification of Pastoral Care in the West German Catholic Church, 1950-1980," in *Central European History*, 39 (2006), 83.

[94] For example, Carter, J. dissenting, "The lie detector is offensive to the traditions of our law…. On April 10, 1958, Pope Pius XII condemned the use of narcoanalysis and lie detectors by police to extract confessions from suspects as illicit." *People v. Schiers*, 160 Cal.App.2d 364, 383-84 (Cal. Ct. App. 1958). Also, in *State v. Lyon*, 304 Or. 221 (Or. 1987) "Professor Westin, at page 238, reports a 1958 papal condemnation of polygraphs as well as narco-analysis on moral grounds." *State v. Lyon*, 304 Or. 221, 238 n.2 (Or. 1987).

[95] John SHATTUCK, Patricia BROWN, and Stephen CARLSON, "The Lie Detector as a Surveillance Device, ACLU Reports February 1973," in *The Use of Polygraphs and Similar Devices by Federal Agencies: Hearings before a Subcommittee of the Committee on Government Operations, House of Representatives, Ninety-third Congress, second session, June 4 and 5*, 1974, 7-84 (39). These page references use the house subcommittee's pagination and not the ACLU internal pagination.

[96] Ibid., 39.

published in 1967 and is still regarded as a fundamental text on the subject.[97] In it, Westin points out how Pius XII condemned the lie detector and narco-analysis for investigations as intrusions into the person's "interior domain" and "morally invalid even when used for governmental purposes."[98]

Anthropologist F. Allan Hanson also quoted "no less august a personage than Pope Pius XII."[99] Hanson observed that, in his research, "subjects I have interviewed often reported feeling demeaned by the suspicion of wrongdoing implicit in the request or insistence that they submit to a lie detector test and violated by the prospect of machine-enhanced snooping into their private affairs."[100] Such an outlook made polygraphs disreputable in official circles, and a federal law reduced its use in the private sector at the close of 1988.

In contemporary times, there is discussion of the ethics of using polygraphy on juvenile sexual offenders: polygraphs are compared with sodium pentothal or "truth serum" interrogations. Modern authors find some discomforting similarities which Pius XII found, such as the potential for privacy invasion and reliance on the subject's involuntary body reactions, which overpower personal agency. That polygraphy is an "ethically gray area" explains why it is classified as controversial. [101]

Speaking to canonists, Pope John Paul II also acknowledges the depths of the human person, one's earthly existence found on the conscious level involving moral responsibility, or at the subconscious level, involving ordinary psychic life, or in that which is marked by slight or moderate psychic illnesses which do not interrupt substantially on personal freedom, to endeavour to reach transcendent ideals which have been responsibly chosen.[102] Following Pius XII, one understands that such psychic layers ought to be respected.

4.2 — Philosophy of Law and Persons

Insights from comparative law are a critical supporting source for a charter on clergy rights and protections, especially where is has a universalist

[97] See Margalit FOX, "Alan F. Westin, who transformed privacy debate before the web era, dies at 83," in *The New York Times*, 23 February 2013, D7.

[98] Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Athenaeum, 1967, 238.

[99] F. Allan HANSON, *Testing Testing: Social Consequences of the Examined Life*, Berkeley, University of California Press, 1993, 53.

[100] Ibid.

[101] See Mark CHAFFIN, "The Case of Juvenile Polygraphy as a Clinical Ethics Dilemma," in *Sexual Abuse*, 23 (2011), 324.

[102] See JOHN PAUL II, Allocution to the Roman Rota, 25 January 1988, in *AAS*, 80 (1988), 1178-1185, English translation in *CLD*, vol. 12, 827.

vision of human persons. The thinking of Pius XII draws on philosophical psychology and anthropology which appear in the law courts of other countries. These are beneficial to consider for a charter to show the intellectual credibility of the ideas of the Roman Pontiff. One may consider examples from the State of Oregon in the United States and the former West Germany.

In Germany, the polygraph was deemed unconstitutional in 1956. However, in 1998 the Supreme Court reversed that view and placed any bans on the machines to be stemming solely from evidence of its unreliability. This introduced some possibilities for partial applications in Germany and other countries where the polygraph had been restricted.[103] But, the West German Bundesgerichtshof previously had enunciated its philosophy of law and how it affects the polygraph. These principles of constitutional law and of criminal procedure "are rooted in the fact that, when facing the community, even a suspect and one deserving punishment is deemed an independent moral person; when his guilt is established, he may and must be subjected to atonement under the law which has been violated; beyond such statutory restrictions, however, his personality must not be sacrificed to the public purpose of fighting crime, though the latter is certainly very important."[104] The opinion of the court was that, in the polygraph test, the unconscious mind of the accused answers involuntarily and his ethical standing as an independent moral personality is violated. There was also a violation of the procedural requirement of freedom by which the accused conducts his defence. Moral personality infers an "essential and inalienable autonomous area of the mind, which must remain inviolate also in criminal procedure."[105]

> During a lie-detector test, the accused may voluntarily give answers to the questions presented; however, at the same time, his "true" answers—and thus the fact of his "guilt"—are actually obtained against his will. Such insight into the soul of the accused violates his freedom of decision and action. It must be prohibited in criminal proceedings because each individual

[103] See BAESLER, *Clearer than Truth*, 242.

[104] Judgment of Bundesgerichtshof, 16 February 1954, quoted in Helen SILVING, "Testing of the Unconscious in Criminal Cases," in *Harvard Law Review*, 69 (1956), 689 (= SILVING, "Testing of the Unconscious").

[105] Ibid. Silving comments that it is not a civil right of the examinee to waive but instead a general principle of democratic government manifested in criminal procedure. "The concept of *Rechtsstaat* (perhaps best translated for general purposes as 'government subject to the rule of law'), invoked in literature and relied upon by the court, meant, in the context, something akin to due process. As visualized by the court, it was objective due process." Ibid., 690.

has the right to retain an important and unrenounceable psychic sphere which is necessary for the maintenance and development of his personality.[106]

In Germany, truth serum tests and lie detector tests were discussed in relation to whether and to what extent the body of an accused could be used to produce facts within the person's knowledge and thus establish the truth and reach a just verdict. The conclusions drawn about the legality of administering truth-serum tests were considered to be equally applicable with respect to the legality of polygraph tests. In the mind of most German authorities, these two methods of interrogating an accused were illegal attempts to bypass the right of the accused not to communicate with respect to the criminal charge.[107]

In other words, the information recorded reveals the otherwise hidden psychic structure of the accused and is a concrete effort to ascertain what may be existing only in the unconsciousness of the accused. The majority view of authorities was that the polygraph revelation of secret physiological reactions, and the subsequent evaluation by an examiner, are comparable to an involuntary communication. Hence, attaining disclosures irrespective of whether the accused is willing to make them violates his right to decide whether he wishes to answer the criminal charge.[108]

In a 1987 decision of the Supreme Court of Oregon, Justice Linde filed a concurring opinion which cited both the scholarly discussion of the German courts and Christian and German philosophical ideas.[109] He finds reasons for extensive unease about "electrical lie detectors,"[110] which transcend the professional accent on common law courts' rules of evidence and trial procedures.[111] On comparing a physical examination (e.g., tests of breath, blood, or urine, to detect illicit substances), Justice Linde thinks a polygraph examination is different because "the polygraph seeks to turn the human body against the personality that inhabits it in a way that other tests do not."[112] He asserts that the polygraph turns its subject into an object, as do many diagnostic tests, but there are questions about whether it is consistent with

[106] Henry J. KAGANTEC, "Lie-Detector Tests and 'Freedom of the Will' in Germany," in *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 47 (1957), 571.

[107] See ibid., 572.

[108] See ibid., 573.

[109] *State v. Lyon*, 304 Or. 221 (Or. 1987) Linde, J., concurring.

[110] See *State v. Lyon*, 304 Or. 221, 234 (Or. 1987).

[111] "I doubt that the uneasiness about electrical lie detectors would disappear even if they were refined to place their accuracy beyond question. Indeed, I would not be surprised if such a development would only heighten the sense of unease and the search for plausible legal objections." *State v. Lyon*, 304 Or. 221, 235 (Or. 1987).

[112] See *State v. Lyon*, 304 Or. 221, 236 (Or. 1987).

the theory underlying the legal and social institutions, i.e., the "inconsistency of physiological lie detection with fundamental tenets about human personhood has been important in European objections to the polygraph, reflecting Christian and Kantian philosophical traditions as much as doubts of its accuracy."[113] The judge thinks the courtroom drama of confrontation, oral testimony and cross-examination is surely "to see that parties and the witnesses are treated as persons to be believed or disbelieved by their peers rather than as electrochemical systems to be certified as truthful or mendacious by a machine…. A machine improved to detect uncertainty, faulty memory, or an overactive imagination would leave little need for live testimony and cross-examination before a human tribunal; an affidavit with the certificate of a polygraph operator attached would suffice."[114] It is a matter of dignity. He asks, "Would a perfect detector enhance people's capacity to test for truth only at the cost of diminishing their common humanity?"[115]

4.3 — Canonical Rights amidst Self-Incrimination, Proofs, and Disclosures

The fundamental right to protect one's privacy (c. 220) also applies in the application of penal law. In penal trials, "the accused is not bound to confess the delict nor can an oath be administered to the accused" (c. 1728 § 2). For non-penal contentious processes (see c. 1728 § 1), canon 1531 § 1 states the obligation to respond to a legitimate question and to "tell the whole truth." However, "if a party refuses to respond, it is for the judge to decide what can be inferred from that refusal concerning the proof of the facts" (c. 1531 § 2). However, canon 1728 § 2 modifies canon 1532 on a judge administering an oath in cases where the public good is at stake, and canonists interpret this as "to tell the truth or at least to confirm the truth of what they have said unless a grave cause suggests otherwise."[116] Moreover, "refusal to take the oath … can *never* be taken as an indication of guilt; such refusal is simply the accused exercising the *legal right* assured by this canon."[117] Consequently, the accused also cannot be judged by not confessing the delict.

[113] *State v. Lyon*, 304 Or. 221, 237 (Or. 1987).

[114] *State v. Lyon*, 304 Or. 221, 238 (Or. 1987).

[115] Ibid. For a refutation of Linde J.'s opinion, see James R. McCall, "The Personhood Argument against Polygraph Evidence, or Even If the Polygraph Really Works, Will Courts Admit the Results?" in *Hastings Law Journal*, 49 (1998), 925-944.

[116] John A. Renken, *The Penal Law of the Roman Catholic Church: Commentary on Canons 1311-1399 and 1717-1731 and Other Sources of Penal Law*, Ottawa, Saint Paul University, 2015, 439.

[117] Ibid., 439.

The protection against self-incrimination is also relevant "to the administrative penal process and during the preliminary investigation when such a confession may also be highly prejudicial. With due regard for the presumption of imputability when the law has been violated (c. 1321, 3), it is basically the promoter's task to prove the commission of the delict with moral certitude (c. 1608)."[118]

The *Vademecum* affirms that, according to canon 1728 §2, "the accused is not bound to confess (admit) the delict, nor can he be required to take an oath to tell the truth" (*Vademecum* 110, and 54). In an equivalent manner in the internal forum, the Apostolic Penitentiary notes that, even for sins that involve criminal offenses, "it is never permissible, as a condition for absolution, to place on the penitent the obligation to turn himself in to civil justice, by virtue of the natural principle, incorporated in every system, according to which '*nemo tenetur se detegere*'."[119] More broadly, the right to remain silent and not to incriminate oneself expresses the legal maxim, *nemo tenetur prodere se ipsum* (no one is bound to bring forth [i.e. to accuse] one's self).[120] This principle is traced to medieval canon law and the European *ius commune*, although some hold that the privilege has an older and wider lineage.[121]

On the matter of proofs, the *Vademecum* has an expansive view, describing as "proofs" all materials collected during the preliminary investigation and any other materials acquired, including "any expert opinions (medical, including psychiatric; psychological; graphological) that the person who conducted the investigation may have deemed appropriate to accept or have carried out" (*Vademecum* 106). These are called "proofs" because, despite having been collected in the phase prior to the extrajudicial process, from the moment the process is opened, "they automatically become a body of

118 Thomas J. GREEN, "The penal process," in *New Commentary on the Code of Canon Law*, 1815.

119 APOSTOLIC PENITENTIARY, Note on the Importance of the Internal Forum and the Inviolability of the Sacramental Seal, 29 June 2019, English translation at www.vatican.va (= APOSTOLIC PENITENTIARY, Inviolability of the Sacramental Seal). See also HOLY SEE, Observations on the Royal Commission Report (Enclosure with Letter N. 484.110, of 26 February 2020," at www.catholic.org.au/images/Observations_of_the_Holy_See_to_the_Recommendations_of_the_Royal_Commission.pdf; and id., "Australia: Holy See Responds to Royal Commission Recommendations," *Vatican News*, 4 September 2020 at www.vaticannews.va/en/vaticancity/news/2020-09/australia_holy_see_commission_response.html.

120 Mark A. GODSEY, "Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination," in *California Law Review*, 93 (2005), 479.

121 See John D. JACKSON and Sarah J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, 2012, 241; M.R.T. MACNAIR, "The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination," in *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990), 66-84.

evidence" (*Vademecum* 107). This renders a psychological evaluation and/or polygraph examination as a source of proof for investigators. Furthermore, there may be norms which require decisions to prioritise the safety and well-being of children and young people.[122] One psychology council explains how this is vital and is contrary to how some "who, when believing they are about to hear something they may need to report, stop proceedings and warn the speaker of this possibility. While it is important that, as part of informed consent, we discuss our responsibilities in keeping people safe, stopping people mid-sentence to remind them does not place the safety of children and young people at the forefront of our thinking. [the legislation…] encouraged practitioners to act as if their piece of the jigsaw, when added to other pieces, may just be the information required to help make a child's life safe."[123]

4.4 — Considerations with respect to Deception in Canon Law

On juridic acts, canon 125 § 2 prescribes that "an act placed out of grave fear, unjustly inflicted, or out of malice is valid unless the law provides otherwise." This *nisi* clause applies to canon 1098, a ground for nullity of marriage based on deceit or fraud. The *Digest* of Justinian quotes from the Roman jurist Labeo: "*Dolus malus* is every craft, trick, deceit, or machination having been employed for cheating, tricking, deceiving another person."'[124] This ground is more accurately called "imposed error."[125] The *dolus* relates to the particular juridic act of marriage.[126]

While using a polygraph examiner as an expert is not a juridic act, nevertheless it involves a person physically and mentally, more so than the use of an expert in marriage tribunals, although both have potential juridic consequences. It could be argued that the cleric consenting to a polygraph examination is the subject of imposed error if the legal outcomes of the results are not explained beforehand, and other relevant information is not provided. This pertains to the scientific literature against polygraph lie

[122] For example, "This Act is to be administered under the principle that, in any action or decision concerning a particular child or young person, the safety, welfare and well-being of the child or young person are paramount." *Children and Young Persons (Care and Protection) Act 1998* (NSW), s 9.

[123] Chris Willcox, "What Are My Mandatory Reporting Obligations?" Psychology Council of New South Wales, https://www.psychologycouncil.nsw.gov.au/what_are_my_mandatory_reporting_obligations.

[124] Kevin W. Vann, "Dolus: Canon 1098 of the Revised Code of Canon Law," in *J*, 47 (1987), 372 (= Vann, "Dolus").

[125] See Beal, *CLSA Comm2*, 1306-1308.

[126] Vann, "Dolus," 385.

detection; the inherent error rates; civil legal scholarship and information about rights and the possible criminal canonical, penal, and procedural consequences of admissions made during the examination; as well as the limited secrecy attached to the acts of the case; the possible legal obligations of reporting by the polygraphist, psychologist, and the ordinary or hierarch; and the *Vademecum* requirements in relation to the CDF. If the polygraph examiner or the church authorities do not provide the important counterbalancing information, the cleric will be unable to give fully informed consent to the polygraph test because the examiner will provide only one side of the polygraph debate and nothing about its consequences. The contracted examiner is not expected to know the repercussions of adverse findings, but the person being examined should.[127]

The second area needing attention is how polygraph examinations are conducted in criminal justice usage. There are certain strategies used in the investigations, which some courts have approved. For example, in the United States Federal Bureau of Investigation (FBI), when an examinee is perceived to have been less than candid during a polygraph test, there is an attempt to elicit truth through questioning and persuasive reasoning. "Confessions or incriminating admissions are often made by examinees as a result of this approach."[128] Likewise, the Supreme Court of Canada reversed an appeal ruling in the case of an accused man informed that, while the interpretation of the polygraph results was not admissible, anything he said was. Thus, the accused's statements to police were voluntary, admissible, and convicted him on all counts, even though the police misled the accused about the polygraph's accuracy.[129] The court ruled that the "tactical disadvantage to the defence when a suspect confesses following a polygraph is not relevant to the voluntariness of the confession."[130] What appears to be deception employed by the police is secondary to the voluntary incriminating disclosures obtained. Clearly, ecclesiastical processes should be free of any accusation of deception or imposed error.

[127] Adapting canon 1098, a desirable standard against deceit can be formulated: "a person acts invalidly, who enters into a polygraph or lie detector examination deceived by a lack of informed consent, due to all polygraph-relevant information not being provided, perpetrated to obtain consent to the polygraph examination, concerning some quality of this examination or its contested methods and inherent fallibilities, or the possible criminal, canonical, penal, and procedural consequences arising therefrom, which by its very nature can gravely disturb the future civil and ecclesiastical life of the person."

[128] Ronald M. FURGERSON, "Polygraph Policy Model for Law Enforcement," in *FBI Law Enforcement Bulletin*, 56, no. 6 (June 1987), 13.

[129] See *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 SCR 3 at para. 99.

[130] *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 SCR 3 at para. 102.

4.5 — "Deception" and Seal of Confession

The obligation to protect the seal of confession may conflict with the goals of polygraph examinations, since one may be "deceptive" by not disclosing material under the sacramental seal. The direct and indirect violation of the sacramental seal of confession is a delict reserved to the Congregation for the Doctrine of the Faith (*Normae* art. 4 § 1, 5°), and a direct violation of the seal incurs a *latae sententiae* excommunication reserved to the Apostolic See (cc. 983 § 1, 1388 § 1).

In the matter of sexual abuse and the sacrament of penance, there could be a paedophile penitent or a penitent who is a victim/survivor of sexual abuse.[131] Yet, the Australian Catholic Bishops Conference and Catholic Religious Australia think that it is rare for a perpetrator or victim of sexual abuse to raise this matter of abuse in confession.[132] Where safeguarding concerns are raised and some persons are bound to levels of secrecy, a polygraph examination in a secular assessment is suggested.[133]

Could the penitent release the confessor from the obligations to secrecy under the seal? The Apostolic Penitentiary has asserted: "The seal … lies beyond the reach of the volition of the penitent who, once the sacrament has been celebrated, does not have the power to relieve the confessor of the obligation to secrecy, because this duty comes directly from God."[134] The priest becomes aware of the sins of the penitent "non ut homo, sed ut Deus—not as man, but as God,"[135] to the extent that the confessor simply does not know what he was told during confession, because he listened to the penitent in the name of God. The Apostolic Penitentiary notes that the confessor "could also 'swear', without any prejudice to his conscience, to 'not know' what he knows only as a minister of God. Because of its peculiar nature, the sacramental seal manages to bind the confessor also "interiorly", to the point that he is forbidden to remember voluntarily the

[131] Brendan P. DALY, "Canons 983; 1388: The Seal of Confession," in *RR 2018*, 174-182.

[132] See AUSTRALIAN CATHOLIC BISHOPS CONFERENCE and CATHOLIC RELIGIOUS AUSTRALIA, *Response to the Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse*, August 2018, 42.

[133] Wilcox says: "whilst I consider that Church authorities will responsibly take steps to protect the community, it still seems likely that in some circumstances, where issues about safeguarding are raised, some parties to these discussions may be somewhat more informed yet bound to levels of secrecy. In such circumstances, the employment of the polygraph within a secular assessment may serve to bring these issues more fully into the open." WILCOX, "Polygraph-Assisted Psychological Assessment," 92.

[134] APOSTOLIC PENITENTIARY, Inviolability of the Sacramental Seal.

[135] Quoting Thomas AQUINAS, *Summa Theologiae*, Suppl., 11, 1, ad 2.

confession and he is obliged to suppress any involuntary recollection of it."[136] In other words, the confessor 'knows' before God but does 'not know' in the human realm, and he must answer polygraph examination questions in this way. On the surface, the priest is being "deceptive," and the results may be "deception indicated." Nonetheless, there is a canonical-moral imperative not to "to betray a penitent in words or in any manner and for any reason" (c. 983 § 1). However, the Apostolic Penitentiary does note that, if a penitent has been a victim of the evil of others, the confessor's concern will be to instruct that person about his or her rights, as well as about the practical juridical instruments to report the matter to an appropriate forum to seek justice.[137]

4.6 — Contra *lie-detector ou poligrafo*[138]

Clergy under investigation, as well as their ordinaries and hierarchs, have a right to reputable scientific information not normally supplied by polygraph examiners. For example, Pope John Paul II addressed the Roman Rota on the task of the expert, which is "only that of providing the elements of information which have to do with his specific competence."[139] But, what if that competence based on science has been placed under consistent scientific and technological scrutiny and found wanting? In order to give free and informed consent, must the subject of the examination be aware of this?

While the literature is extensive, it is worth briefly highlighting some important points for clergy. The claim is that the "polygraph examiner is seeking the cause of truth rather than the interest of the examinee […;] they have sophisticated and valid assessment tools to guide their decisions. So, polygraph examiners must be impartial, but can also guide their practices with the body of scientific evidence."[140] What is doubted is the evidence against validity, the persistent critical scientific evidence against polygraphy, as such under human fallibility, the judgement is claimed as impartial—when there is a highly questionable machine and method.

[136] APOSTOLIC PENITENTIARY, Inviolability of the Sacramental Seal, no. 1.

[137] See ibid., no. 1.

[138] PIUS XII, Address to ICAP. The terms *lie-detector* and *poligrafo* were used in the original French text in *AAS*, 50 (1958), 275.

[139] JOHN PAUL II, Allocution to the Roman Rota, 5 February 1987, in *AAS*, 79 (1987), 1453-1459. English translation in *CLD*, vol. 12, 694.

[140] Donald J. KRAPOHL and Pamela K. SHAW, *Fundamentals of Polygraph Practice*, London, Academic Press, 2015, 241.

The polygraph is a device used to record the body's physiological measures from the autonomic nervous system (ANS) and becomes a potentially diagnostic tool only when with a paradigm as well as a list of rules which stipulate how diagnostic decisions are made.[141] The deficiencies of polygraph tests related to shortcomings of the paradigms used, rather than to the validity and reliability of the body's ANS measures. Scientists explain that polygraph examinations do not test for deception, but instead they are situations devised to provoke and assess fear, and since there is no way to determine the cause of an examinee's fear or anxiety, validation is not possible.[142] The theory behind the polygraph method called the *comparison (or control) question technique* (CQT) is that a relevant question for a deceptive subject (e.g., did you murder your wife?) will produce more arousal than a control question (e.g., have you ever seriously harmed someone you were close to?).[143] Non-deceptive subjects are hypothesized to be more aroused by the control question because they are truthful to the relevant questions, and their concern about being deceptive generates reactions to the control questions. However, in practice, the innocent have been arrested because the polygraph test results indicated deception.[144]

If crime-relevant question R is clearly greater than the control questions C, then the examinee is judged 'deceptive'; if C is clearly greater than R, the examinee is judged 'non-deceptive'.[145] It is assumed that the more

[141] See Gershon BEN-SHAKHAR, "Psychophysiological Detection of Deception: A Review of Detection Methods, Recent Research and Potential Forensic Applications," in Andreas KAPARDIS and David P. FARRINGTON (eds.), *The Psychology of Crime, Policing and Courts*, Milton Park and New York, Routledge, 2016, 156.

[142] See Leonard SAXE, "Science and the CQT Polygraph: A Theoretical Critique," in *Integrative Physiological and Behavioral Science*, 26 (1991), 225-231.

[143] See ibid., 225.

[144] Saxe's rejoinder is that an innocent or non-deceptive person would also be highly anxious when answering questions about a crime that they are suspected of committing. He gives the situation where a young female bank teller, without even a speeding ticket, was accused of having taken a large bag of money. After two polygraph examinations, one carried out at the police station in the early morning, she was found deceptive and arrested. An innocent person with a future at risk should be anxious when asked questions about a criminal offence. In this case, no other evidence could be found regarding her guilt; charges were dropped and she received compensation. Vice-versa, a guilty person could be more responsive to the control question since the subject is justifiably more afraid of the issues raised by the question. Saxe gives the case of a defendant who voluntarily took a CQT polygraph test and admitted, during the pre-test interview, to nineteen separate serious felonies. These were not known to the police. The subject was understandably more reactive to the control question than the relevant question. This did not surprise the judge, who disallowed testimony about the test. See ibid., 225.

[145] See John J. FUREDY, "The 'Control' Question 'Test' (CQT) Polygrapher's Dilemma: Logico-Ethical Considerations for Psychophysiological Practitioners and Researchers," in *International Journal of Psychophysiology*, 15 (1993), 263-267.

emotionally threatening or salient a question is, the greater the physiological or autonomic response to that question. In the CQT procedure, the C questions are constructed by the examiner in consultation with the examinee; the response ranges to the C question are somewhat under the partial control of the examiner.[146] If the examiner devises a relatively mild C question, this will increase the likelihood of a greater response to R, and a 'deceptive' results. However, if a relatively strong C question is constructed, greater are the chances that a larger C response is given and a 'non-deceptive.'

It is also significant that the CQT polygraph is part of the culture of North American society. The profession as most noticeably represented by the American Polygraph Association is interested in promoting the status and use of the CQT.[147] This was used in the case study where some questions were directly relevant to the assessment; some act as comparison items; and other items, e.g., the client's name, are irrelevant.[148]

Historically, the CQT has developed broadly outside the academy, and the examiners conducting these polygraph tests are mostly law enforcement officials without any academic training in physiology, psychology, or psychophysiology. "Without such a background, it is difficult to fully comprehend the scientific literature on polygraph testing."[149] Thus, polygraph examiners almost completely depend on what they learnt from polygraph training. Furthermore, sturdy claims about the accuracy and utility nearly exclusively come from practitioners, while academics are largely sceptical.[150]

The professional literature also tells how the CQT has been decidedly contentious over the years and has been criticized by many scientists. "One of the most fundamental criticisms is the lack of construct validity, i.e., a valid theory of how

[146] See ibid., 265.

[147] See John J. FUREDY, "The North American Polygraph and Psychophysiology: Disinterested, Uninterested, and Interested Perspectives," in *International Journal of Psychophysiology*, 21 (1996), 97-105.

[148] See JACK and WILCOX, "Psychological Assessment of Clerics," 62.

[149] Ewout H. MEIJER and Bruno VERSCHUERE, "The Polygraph and the Detection of Deception," in *Journal of Forensic Psychology Practice*, 10 (2010), 330 (= MEIJER and VERSCHUERE, "The Polygraph"). Even scientists favouring the instrumental assessment of credibility (i.e., polygraph) agree with the statement of Meijer and Verschuere, e.g. John J. PALMATIER and Louis ROVNER, "Rejoinder to Commentary on Palmatier and Rovner (2015): Credibility Assessment: Preliminary Process Theory, the Polygraph Process, and Construct Validity," in *International Journal of Psychophysiology*, 95 (2015), 32: "We admit that, with some notable exceptions, this is true."

[150] MEIJER and VERSCHUERE, "The Polygraph," 335.

and why the test works."[151] The use of the CQT for the detection of deception remains controversial, where practitioners make strong claims about its accuracy and utility while academics are generally sceptical. There are weaknesses in the interior logic of the CQT where an innocent examinee may demonstrate response to the relevant questions. "In specific incident (i.e. crime) testing, where the offence is known, its accuracy has been shown to exceed chance level. The error rate is, however, substantial, and in screening situations (i.e. sex offender monitoring and treatment), where the offence is unknown, the error rate is most likely higher. The problems associated with the CQT are of a logical nature and will not be solved by new sensors or advanced scoring algorithms."[152]

The nature of the test is also scrutinised. The polygraph implies the diagnostic confidence that is found with precise medical tests (e.g., ECG or EKG tests). However, medical experts warn this diagnostic confidence is far more difficult to achieve in the complicated and frequently subjective psychological domain of truth and deception.[153] The questions and interpretations differentiates the polygraph test from many medical diagnostic tests and standardized psychological tests. The American Medical Association (AMA) Council on Scientific Affairs reviewed the data on the validity and accuracy of polygraph testing and the CQT in criminal cases. While it is established that the polygraph can recognise guilty suspects as such with an 60% to 95% accuracy, which is better than chance, nevertheless there is a significant yet the rate of false-positive and false-negative evaluations of deception.[154] Moreover, the polygraph test does not conform to the standards for psychological and educational testing of the American Psychological Association.[155] The British Psychological Society found inadequacies: overall field studies demonstrate the CQT polygraph method catches guilty suspects in 83% to 89% of cases and innocent suspects are classified guilty in 11% to 47% of cases.[156]

[151] Gershon BEN-SHAKHAR, Matthias GAMER, William IACONO, et al., "Preliminary Process Theory Does Not Validate the Comparison Question Test: A Comment on Palmatier and Rovner (2015)," in *International Journal of Psychophysiology*, 95 (2015), 16.

[152] Ewout H. MEIJER and Bruno VERSCHUERE, "The Polygraph: Current Practice and New Approaches," in Pär Anders GRANHAG, Aldert VRIJ and Bruno VERSCHUERE (eds.), *Detecting Deception: Current Challenges and Cognitive Approaches*, Chichester, John Wiley & Sons, 2015, 76.

[153] See Robert STEINBROOK, "The Polygraph Test: A Flawed Diagnostic Method," in *The New England Journal of Medicin*e, 327 (9 July 1992), 122 (= STEINBROOK, "The Polygraph Test").

[154] See AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, "Polygraph," in *JAMA*, 256 (1986), 1175.

[155] See STEINBROOK, "The Polygraph Test," 123.

[156] See THE BRITISH PSYCHOLOGY SOCIETY, *A Review of the Current Scientific Status and Fields of Application of Polygraphic Deception Detection. Final Report from the BPS Working Party*, Leicester, British Psychological Society, 2004.

One review in 2015 reports that accuracy estimates of the CQT range from 74% to 89% for guilty examinees, with 1% to 13% false-negatives, and 59% to 83% for innocent examinees, with a false-positive ratio varying from 10% to 23%.[157] On the CQT, the reviewers conclude: "considering the reported flaws of its underlying assumptions, it is uncertain whether its accuracy or academic standing will significantly improve in the near future, unless the technique is modified to function in concordance with a more grounded theoretical basis […] It appears unlikely that the proponents of the CQT will be able to reconcile the theoretical flaws of their technique in the foreseeable future…."[158] A 2019 review of the scientific literature revealed that the quality of research has changed little in the fifteen years 2003-2018.[159] The most utilised and researched lie detection method is the CQT. The authors point out that "throughout the history of polygraph testing, the profession has always made indefensible claims regarding the validity of their methods…. The CQT continues to rest on a weak scientific foundation with indeterminate accuracy."[160]

Another polygraph test is the guilty knowledge technique (GKT). This is a method of "guilt detection" where a subject is presented with a set of questions about matters which could be known only by a guilty individual. Each question is followed by four or five alternatives and one of these is "correct."[161] The physiological responses are scored by identifying any pattern of non-random reactivity to a set of "guilty" alternatives. More recently it is called the concealed information technique (CIT) with a guilty

157 John Synnott, David Dietzel and Maria Ioannou, "A Review of the Polygraph: History, Methodology and Current Status," in *Crime Psychology Review*, 1 (2015), 70.

158 Ibid., 70 and 76.

159 See William G. Iacono and Gershon Ben-Shakhar, "Current Status of Forensic Lie Detection with the Comparison Question Technique: An Update of the 2003 National Academy of Sciences Report on Polygraph Testing," in *Law and Human Behavior*, 43 (2019), 86-98.

160 Ibid., 96.

161 David T. Lykken, "The Validity of the Guilty Knowledge Technique: The Effects of Faking," in *Journal of Applied Psychology*, 44 (1960), 258-262. For instance, if a crime investigation involved a murder at a particular location, the set of GKT questions could be, "The murder took place in a house ... bank ... store ... hotel ... service station?" See also Michael T. Bradley, Vance MacLaren, Steven B. Carle, "Deception and Non-deception in Guilty Knowledge and Guilty Actions Polygraph Tests," in *Polygraph*, 43 (2014), 148. Bradley and colleagues explain how innocent suspects are unaware of the location of the murder and may react to any location; only by chance would they have their largest physiological response to the significant detail. With different relevant items, each placed in an appropriate set of questions, it becomes improbable that an innocent suspect would have comparatively large physiological responses in a systematic way to crime-relevant items. Suspects who respond selectively to key items are presumed to know about the crime and thus, by inference, would likely be considered guilty. See ibid., 148.

information paradigm.[162] Another version is called a Peak of Tension Test (POT).[163]

4.7 — All Fallible: Examination, Examiners, and Examinees

Clerics also have a right to information about the fallibility of the polygraph examination, the examiners who conduct the test, and the examinees undergoing an examination. The polygraph examination demands that the examiner "be skilled at convincing the subject of the infallibility of the process," [164] in other words, to "convince the examinee that polygraphs are virtually infallible. Although a suspect may doubt such claims, a skilled examiner would be able to convince the suspect that the examiner has complete confidence in the test outcome."[165] Wilcox, the author of the case study, elsewhere holds that an important point when using polygraphs with sexual offenders is that "an element of deception is often described as an inherent feature of polygraphy." In the acquaintance test, "the examiner takes steps to impress upon the examinee that the polygraph is virtually infallible."[166] On the contrary, research reveals there is fallibility. Firstly, there is no guaranteed method to assess the

[162] See Takehiko YAMAMURA and Yo MIYATA, "Development of the Polygraph Technique in Japan for Detection of Deception," in *Forensic Science International*, 44 (1990), 257-271.

[163] See Junichi FUKUMOTO, "A Case in Which the Polygraph was the Sole Evidence for Conviction," in *Polygraph*, 9 (1980), 42-44; and Norman ANSLEY, "Question Formulation," in *Polygraph*, 38 (2009), 53.

[164] Theodore R. BASHORE and Paul E. RAPP, "Are There Alternatives to Traditional Polygraph Procedures?" in *Psychological Bulletin*, 113 (1993), 19.

[165] William G. IACONO, "Polygraph Testing," in Eugene BORGIDA and Susan T. FISKE (eds.), *Beyond Common Sense: Psychological Science in the Courtroom*, Malden, Blackwell Publishing, 2008, 226. Moreover, Iacono explains: "a polygraph test could have no better than chance accuracy and still have utility. If one used a 'lie detector' that was no more accurate than a coin toss to adjudicate guilt, half of all guilty individuals would be accurately identified as liars. Confronted with the results of this lie detector by a skilled interrogator, guilty individuals would on occasion confess, demonstrating the utility of the lie detector. In the absence of knowledge that this device worked by chance, those using this technique could naturally be expected to come to believe in its validity" (p. 231).

[166] Daniel T. WILCOX, "Ethical Practice in the Use of the Polygraph in Working with Sex Offenders," in Karen HARRISON and Bernadette RAINEY (eds.), *The Wiley-Blackwell Handbook of Legal and Ethical Aspects of Sex Offender Treatment and Management*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 2013, 395. Also called the stimulation test, the main purpose is "to induce or strengthen in examinees the expectation that the polygraph can accurately determine the truthfulness of their answers." NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Polygraph and Lie Detection*, Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph, Division of Behavioral and Social Sciences and Education, Washington, DC, The National Academies Press, 2003, 257.

examination. Further to the data presented above, the polygraph is criticized in relation to field studies: "Whilst they allow us to investigate real-world examples, they falter at their inability to establish ground truth. Without having a method which is independent of the outcome of the test, we are unable to accurately judge the reliability of the polygraph examination itself."[167]

Secondly, the polygraph examination relies on questions, and the precise nature of the questions, especially the control questions, depends on the *examiner*.[168] But there is no guaranteed way to appraise polygraph examiners. One account is that because the National Research Council in the United States found that the median accuracy for the polygraph is 86%, and "it is probable that not all examiners are equally gifted, there must be some examiners whose personal best is somewhere below 86%. […] As in many other fields, verification of the proficiency of polygraph examiners can be somewhat difficult. Longevity in the profession is not a reliable indicator of competence, nor is the source of training, number of examinations, academic title, current or former agency employment, or membership in professional organizations."[169] Many polygraph examiners claim that "they are interrogators who use the machine as a tool of the trade. They argue that a successful polygraph examination is an art more than a science and that the test will lead, ideally, to a confession."[170]

Such was the understanding of Leonard Keeler, one of the two chief promoters of lie detection between 1920 and 1950. One historical study found that the lie detector exam, as Keeler designed it, operated ultimately according to the very logic of the Ancien Régime's practice of judicial torture: both were recognised as the ablest methods of extracting confessions. That is, "the polygraph examiner knows that a confession is the only sort of outcome that will hold up in a court of law. And the examiner is allowed to use

[167] Nicky COLLINS, "The Use of Polygraph Test in Clinical Forensic Psychiatry Settings," in Artemis IGOUMENOU (ed.), *Ethical Issues in Clinical Forensic Psychiatry*, Cham, Springer, 2020, 93.

[168] See William M. WAID and Martin T. ORNE, "The Physiological Detection of Deception: The Accuracy of Polygraph Testing Can Be Affected by Such Variables as Attentiveness, Drugs, Personality, and the Interaction between Examiner and Subject," in *American Scientist*, 70 (1982), 402.

[169] Donald J. KRAPOHL and Pamela K. SHAW, *Fundamentals of Polygraph Practice*, London, Academic Press, 2015, 259.

[170] BAESLER, *Clearer Than Truth*, 29. Baesler elaborates: "The amount of credence polygraph examiners give to the scientific value of the test varies, but they usually agree that the validity of the test depends on the quality of the examiner. CIA polygraph examiner John Sullivan's attitude may serve as a typical defense of the polygraph that does not rely on science. Sullivan admits to the scientific limitations of the polygraph but argues that 'in the real world, there is no better screening device than a polygraph instrument in the hands of a good examiner—'good examiner' being the operative word'."

deception to get it."[171] When the polygraph results indicate deception in criminal investigations, the post-test interview may be converted into an interrogation. "Confessions and damaging admissions are frequently obtained during this stage, thus making the polygraph a useful device apart from its actual effectiveness as a 'lie detector'."[172]

A principal proponent of the continued use of polygraph tests is the federal government of the United States, agencies like the Secret Service, the FBI, and the Drug Enforcement Administration.[173] There is perceived value in the confession-inducing use of polygraph tests. A significant link is between the façade of infallibility and confessions. "Confessions reinforce belief in the near infallibility of polygraphs, and this belief is used to support and amplify their application. The polygraph profession has a vested interest in preserving the extant common knowledge understanding of polygraph use to ensure that people continue to confess in the face of failed tests. This common knowledge is perpetuated by highly visible government officials (e.g., the FBI and CIA directors) publicly arguing the importance of polygraph programs for law enforcement and national security protection."[174]

One controversial tactic is the false evidence ploy whereby interrogators boost an accusation by presenting the suspect with apparently undeniable evidence of guilt such as a fingerprint, hair sample, eyewitness identification, or failed polygraph, irrespective of whether such evidence truly exists.[175]

[171] Ken ALDER, "To Tell the Truth: the Polygraph Exam and the Marketing of American Expertise," in *Historical Reflections / Réflexions Historiques*, 24 (1998), 512. Alder also notes that Keeler developed new markets for the polygraph, through adaptation of his interrogation techniques to "intimidate, deter and extract confessions from 'suspects.' His success in accomplishing these tasks depended in particular on a widespread belief in the machine's infallibility, itself a myth Keeler deliberately cultivated. In short, Keeler's approach emphasized the coercive power of the machine. Enhancing the (personal) discretion of the operator was the key to selling his machines and techniques to those authorities who wanted to enhance their power over suspects and employees" (p. 516).

[172] David E. NAGLE, "The Polygraph in the Workplace," in *University of Richmond Law Review*, 18 (1983), 58.

[173] See IACONO, *Polygraph Testing*, 232.

[174] Ibid. Others note that the National Reconnaissance Office (United States), with responsibilities for espionage in space, declared in 2014 that its polygraph program had been revamped after examiners apparently had been encouraged to inquire into the private lives of employees against Pentagon instructions to ask security-related questions but the agency rewarded examiners for admissions obtained. Yet, admission of criminal offences like child molestation were unreported in some cases. See BAESLER, *Clearer than Truth*, 241.

[175] See Jennifer T. PERILLO and Saul M. KASSIN, "Inside Interrogation: The Lie, the Bluff, and False Confessions," in *Law and Human Behavior*, 35 (2011), 327; Saul M. KASSIN, Steven A. DRIZIN, Thomas GRISSO, et al., "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations," in *Law and Human Behavior*, 34 (2010), 3-38.

Such trickery is permissible by law in the United States. However, laboratory experiments have demonstrated that lying about evidence increases the risk that innocent people confess to acts they did not commit, and at times they even internalize blame for outcomes for which they were not responsible.[176]

At the end of the polygraph test, many examinees are confronted with the examiner's belief that their credibility is dubious.[177] Pointing to the test results as evidence for the suspect lying, the examiner initiates an interrogation that initially tries to make the suspect to speculate how such a result is possible. It concludes with an effort to draw out incriminating disclosures or a confession from the examinee. Faced with the examiner's misgivings that they are lying, many examinees will confess. There are cases of people duped into confessing wrongdoing while connected to a box with green and red lights on it and even to a copier machine, as one researcher found: "It's the idea of the machine…. Whether or not it works, it gets people to cooperate."[178]

The third source of fallibility lies with the *examinee* and the use of countermeasures. In this test of detecting deception, there is no authentic way to check if a polygraph examinee is, or is not, being deceptive; the examinee is using methods to modify the body's responses. Both polygraph examiners and critics of lie detection know that deceptive individuals can defeat the

[176] See Saul M. KASSIN and Gisli H. GUDJONSSON, "The Psychology of Confessions: A Review of the Literature and Issues," in *Psychological Science in the Public Interest*, 5 (2004), 54. The authors note that, in numerous cases, false confessions were extracted by police examiners. They told suspects they failed a lie-detector test, even when they did not. The authors recount the case of eighteen-year-old Peter Reilly. When Peter found that his mother had been murdered, he immediately called the police, but he was suspected of matricide. After gaining his trust, the police told Peter that he failed a lie-detector test—this was not true, and that the result indicated he was guilty even though he lacked conscious recollection of committing the murder. The authors continue, "After hours of relentless interrogation, Reilly underwent a chilling transformation from adamant denial through confusion, self-doubt, conversion ("Well, it really looks like I did it"), and eventual utterance of a full confession ("I remember slashing once at my mother's throat with a straight razor I used for model airplanes.… I also remember jumping on my mother's legs"). Two years later, independent evidence revealed that Reilly could not have committed the murder, and that the confession he came to believe was false." Ibid., 50. See also the case of José X, an orthodontic technician of Mexican heritage falsely accused by an adolescent female dental patient with a history of psychiatric hospitalization. This is found in T.N. THOMAS, "Polygraphy and Coerced-Compliant False Confession: 'Serviceman E' Redevivus," in *Science & Justice*, 35 (1995), 133-139.

[177] See IACONO, *Polygraph Testing*, 226.

[178] Madeleine BARAN and Jennifer VOGEL, "Inconclusive: The Truth about Lie Detector Tests," in *APM Reports*, 20 September 2016, https://www.apmreports.org/story/2016/09/20/inconclusive_lie_detector_tests. The report was quoting Melissa Littlefield, an author, researcher, and associate professor in the departments of kinesiology and community health, along with English, at the University of Illinois.

CQT polygraph using countermeasures, e.g., muscle, pain, as demonstrated by psychological science.[179] Indeed, all the physiological indicators measured by the polygraph can be altered consciously through physical or cognitive methods.[180] Professional criminals, defendants with unprincipled attorneys, foreign agents, and others could be trained to beat the CQT using countermeasures.[181]

The countermeasures can also be used with the other polygraph method, the concealed information test (CIT).[182] It involves changing the pattern of autonomic responsiveness to appear innocent. These include specific point countermeasures executed after specific test questions or items, e.g., biting on the tongue, wiggling the toes, and mental countermeasures, e.g., mental arithmetic, recalling emotional memories.[183] Mental countermeasures include post-hypnotic suggestion, stimulant medications, sleep deprivation, physical exhaustion, meditation, or mental activity. Despite this being a matter of concern to polygraph examiners, little research has investigated the use of countermeasures in contemporary testing procedures or the effect on the accuracy of the machine.[184]

In sum, there are three sources of intrinsic fallibility: scientific doubts about accuracy and errors in the *examination*, no authentic systems of

[179] See Charles R. HONTS, Robert L. HODES, and David C. RASKIN, "Effects of Physical Countermeasures on the Physiological Detection of Deception," in *Journal of Applied Psychology*, 70 (1985), 177-187. In these experiments, deceptive college students were trained to defeat a CQT in a laboratory mock-crime paradigm.

[180] See NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Polygraph and Lie Detection*, 216.

[181] See W.G. IACONO and D.T. LYKKEN. "The validity of the Lie Detector: Two Surveys of Scientific Opinion," in *Journal of Applied Psychology*, 82 (1997), 426-433.

[182] See Takuro OTSUKA, Mitsuyoshi MIZUTANI, Akihiro YAGI, et al. "The Act of Answering Questions Elicited Differentiated Responses in a Concealed Information Test," in *Journal of Forensic Sciences*, 63 (2018), 1769. It is also called the guilty knowledge test. The CIT consists of multi-choice question items, and one consistent with details of a crime (critical item). The others are noncritical items. Participants are presented with each item while their physiological responses are recorded. The CIT assumes that innocent individuals do not know the details of a crime and cannot differentiate a critical item from noncritical items. Hence, they show similar physiological responses to all items. On the contrary, guilty suspects possess knowledge of the crime. Thus, they can differentiate a critical item from noncritical items and thus show greater physiological responses to a critical item than to noncritical items. Based on these assumptions, the CIT is considered a type of memory detection test.

[183] See Wolfgang AMBACH and Matthias GAMER, "Physiological Measures in the Detection of Deception and Concealed Information," in J. Peter ROSENFELD (ed.), *Detecting Concealed Information and Deception: Recent Developments*, London, Academic Press, 2018, 26-27.

[184] See COLLINS, *The Use of Polygraph*, 93.

warranting polygraph *examiners*, and no scientific way to ascertain the use or non-use of countermeasures by *examinees*.

Concerning justice systems in the civil realm, the Church teaches: "Since even judges can make mistakes, it is proper that the law provide for suitable compensation for victims of judicial errors" (*Compendium of the Social Doctrine of the Church*, 404). Concomitantly, there ought to be canonical protections and tangible legal procedures for redress when the fallible polygraph machines, their examiners, and the flawed examination process make errors seriously affecting the Christian faithful.

Finally, false results on polygraph examinations can lead to tragic consequences, where sexual abuse occurred after lie detector tests. For example, a priest in the United States, Richard R. Lavigne, underwent polygraph examinations in relation to a murder investigation of an altar boy.[185] After Lavigne's first polygraph test on 4 May 1972, the examiner could not determine whether Lavigne was being truthful. Lavigne passed a second polygraph examination five days later but ended up pleading guilty to child sex offences in 1992.

4.8 — Criminology, Criminal Justice, and the Sex Offender Model

There is a further right of clergy under investigation and the competent ecclesiastical authorities to be informed about the relevant criminological background and criminal justice praxis. The polygraph as a technique for detecting deception has been expanded to post-conviction situations including the treatment and supervision of convicted sexual offenders.[186] The use of testing is explained by presumed inherent dishonesty of individuals supposedly in denial about their sexual urges, and government programs generating confessions and managing risk by continual monitoring of the "abnormal" individual.[187]

In the case study, the polygraph was used as an aide in the forensic psychological assessments of clerics, and in the context of post-assessment discussion around "containment of risk, as well as supervision and general oversight of the clerics assessed."[188] Similarly, proponents of the polygraph as a tool in

[185] See Matt CARROLL, "Diocese Releases Priest's Files," in *Boston Globe*, 4 September 2002, A1.

[186] See Elizabeth SPRUIN, Jane L. WOOD, Theresa A. GANNON, et al., "Sexual Offender's Experiences of Polygraph Testing: A Thematic Study in Three Probation Trusts," in *Journal of Sexual Aggression*, 24 (2018), 12-24; Don GRUBIN, "The Case for Polygraph Testing of Sex Offenders," in *Legal and Criminological Psychology*, 13 (2008), 177-189.

[187] See BAESLER, *Clearer than Truth*, 242.

[188] WILCOX, *Polygraph-Assisted Psychological Assessment*, 92. Jack and Wilcox also mention how, in the United Kingdom, the polygraph is employed with sex offenders at various

the treatment supervision of sex offenders argue that it provides "more reliable sexual histories, more complete and accurate offence descriptions, and a greater likelihood of identifying high-risk behaviours, enabling intervention to take place before re-offending occurs."[189] This mirrors the thinking of Wilcox, that "the polygraph can assist in achieving enhanced levels of disclosure" concerning sexual risk.[190] In what is called Postconviction Sexual Offender Testing (PCSOT), polygraph examinations are used in the treatment and containment of sexual offenders on parole or probation.[191] There is doubt that "a sexual offender can ever be completely cured; however, for the safety of the community once released back into society, they have to be contained."[192] The concept of the "containment team" consists of law enforcement (parole/probation), the therapist, and the polygraph examiner.

A constitutive component of PCSOT is a sexual history disclosure form used in polygraph examinations of sex offenders[193] or cybercrime offences.[194] Also known as sexual history examinations (SHEs), they are needed so therapists have accurate information about an offender's sexual past. This includes the lifetime history of victimization, e.g., types of crimes and number of victims; and lifetime of sexual deviancy, e.g., voyeurism, sexual molestation, rape, exhibitionism. The aim is to assess effectively the offenders' community

stages, such as initial evaluation, at the arrest stage with the individual's agreement and, compulsorily, at the post-conviction stage. See JACK and WILCOX, *Psychological Assessment of Clerics*, 62.

189 Don GRUBIN and Lars MADSEN. "Accuracy and Utility of Post-Conviction Polygraph Testing of Sex Offenders," in *British Journal of Psychiatry*, 188 (2006), 479.

190 See WILCOX, "Polygraph-Assisted Psychological Assessment," 85 and 86.

191 See GORDON, *Essentials of Polygraph*, 149-158.

192 Ibid., 150.

193 See the appendix in Daniel E. SOSNOWSKI and Daniel T. WILCOX, "Basics of Post-Conviction Sex Offender Polygraph Testing," in Daniel T. WILCOX (ed.), *The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders*, Chichester, Wiley & Sons Ltd, 2009, 65-95. See also Sean AHLMEYER, Peggy HEIL, Bonita MCKEE, et al., "The Impact of Polygraphy on Admissions of Victims and Offenses in Adult Sexual Offenders," in *Sexual Abuse*, 12 (2000), 127 (= AHLMEYER et al., "The Impact of Polygraphy"); COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE, "Sexual History Disclosure," in Peggy HEIL and Kim ENGLISH, *Prisoner Sex Offender Treatment: Recommendations for Program Implementation*, Sacramento, Department of Corrections and Rehabilitation, 2007, 467-492; WISCONSIN DEPARTMENT OF CORRECTIONS, "Sex Offender Disclosure Questionnaire," in Eric J. HOLDEN, "Pre- and Post-Conviction Polygraph: Building Blocks for the Future - Procedures, Principles, and Practices," in *Polygraph*, 29 (2000), 99-115.

194 See the checklist, "Sexual Behaviour Checklist Towards Children," in Jos BUSCHMAN, Stefan BOGAERTS, Sarah FOULGER, et al., "Sexual History Disclosure Polygraph Examinations with Cybercrime Offences: A First Dutch Explorative Study," in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54 (2010), 408.

risk and/or develop a plan of therapy.[195] Nevertheless, other scholars identify this trend in Western governance which creates more regulation, justifying severer punishment, with rhetorical denunciation of offenders and deviant families regarded as pathologically criminal.[196] This becomes the standard in a system of actuarial management of risky groups and categories and growing focus on risk, accompanied by loud calls for the management of paedophiles now subject to more rigorous controls in the United Kingdom and the United States compared with other groups. Such public demands for retribution and government populist response are "characteristic of a 'moral panic' and have led to a construction of the sex offender in this new penological landscape as profoundly 'other' and, most apposite as regards our current concerns, as 'monstrous'."[197] In the contexts of the risk agenda, the sex offender is characterised in reports, guidelines, and scientific studies as being inherently deceptive, in denial, and lying about his crimes. More information is equated to "better risk management, which is essential in the case of the sex offender because of his construction as incurable and monstrous, both in the treatment discourse, popular media, and governance response."[198]

The research indicates a long-term debate between proponents and opponents of the use of polygraphy in sex offender treatment.[199] A review found that the evidence supporting the utility of post-conviction polygraph testing is not compelling, e.g., evidence that it works to reduce offending, and despite its role within post-conviction supervision of sex offenders.[200] "If something really works, it will provide the necessary evidence regardless of who is the author. If positive findings can only be found by those who support a technique and not by those without a vested interest, then it is probably pseudoscience."[201] A later review revealed only two studies have

[195] See GORDON, *Essentials of Polygraph*, 150-151.

[196] See Andrew S. BALMER and Ralph SANDLAND, "Making Monsters: The Polygraph, the Plethysmograph, and Other Practices for the Performance of Abnormal Sexuality," in *Journal of Law and Society*, 39 (2012), 601.

[197] Ibid.

[198] Ibid., 607.

[199] See Todd M. JENSEN, Kevin SHAFER, C.Y. ROBY, et al., "Sex Offender Populations and Clinical Efficacy: A Response to Rosky," in *Journal of Interpersonal Violence*, 31 (2016), 1972-1973.

[200] See Jeffrey W. ROSKY, "The (f)utility of Post-conviction Polygraph Testing," in *Sexual Abuse*, 25 (2013), 259-281. Rosky recommended: "we need researchers, clinicians, and polygraph examiners to stop selling post-conviction polygraph testing as an effective, evidence-based tool for supervising offenders and start adequately assessing its efficacy and effectiveness with viable outcome measures such as new offenses, revocations, and technical violations" (p. 273).

[201] Ibid., 275.

considered the impact of the polygraph on recidivism. There were slow rates to reoffending and low base rates of sexual offending overall.[202] While critics also are keen to help develop and evaluate treatment programs that humanely lower future criminality, there remains the need for sounder research.[203]

There is professional ethical concern that polygraph studies lacking empirical merit will endanger the worthiness of the results. The critical question comes next, "if the value of the resulting data is of poor empirical quality, can researchers really justify engaging in a general violation of offenders' rights, or perhaps irretrievably damaging the bond of trust between therapist and clients?"[204] In contrast, Jesus' own arrest, trial, passion, and death sentence in the Jewish and Roman criminal justice system offers a very different philosophical anthropology and theology of redemption, with its Christian notions of life and death, good and evil, hope and mercy.[205] Apart from this, it ought to be recognised that any ecclesiastically-approved use of polygraphs and the sexual history examination is traced back to the criminal justice system and its testing of convicted sex offenders. Such is the underlying criminological model of containment and how offenders are portrayed as deceptive.

Granted, there are clergy members among the sex offender prison population, and it is the state's responsibility for managing their parole and probation which includes PCSOT in various jurisdictions. Nonetheless, the concern here is that the same testing instrument, methods, and sexual history examination protocols, with their underlying criminological assumptions, are being used to assess clerics who have not even been formally accused, who retain civil and canonical rights which can be overrun in any movement to

[202] See Elizabeth ELLIOTT and Birgit VOLLM, "The Utility of Post-Conviction Polygraph Testing among Sexual Offenders," in *Sexual Abuse*, 30 (2018), 367-392.

[203] See Jeffrey W. ROSKY, "More Polygraph Futility: A Comment on Jensen, Shafer, Roby, and Roby (2015)," in *Journal of Interpersonal Violence*, 31 (2016), 1956-1970. Rosky writes, "I will continue to be an ardent skeptic of polygraph's use in sex offender treatment and will continue to be critical of polygraphy research that is deeply flawed. I hope I am eventually proven wrong because if we critics are correct, it means that we wasted precious time and money and certainly created further victims using a meaningless tool. More importantly, we all, critics and proponents alike, will own these failures. The critics because we were unable to convince policy makers and clinicians not to use a deeply flawed tool and proponents for pushing widespread use of this flawed tool before it could be adequately evaluated" (p. 1968).

[204] Theresa A. GANNON, Anthony R. BEECH, Tony WARD, "Does the Polygraph Lead to Better Risk Prediction for Sexual Offenders?" in *Aggression and Violent Behavior*, 13 (2008), 41.

[205] See Stations of the Cross 2020, Meditations from Padua Prison, 10 April 2020, www.vatican.va/newsservices/liturgy/2020/documents/ns_lit_doc_20200410_via_crucis_meditazioni_en.html.

expand this type of forensic psychological evaluation. Potential candidates for such evaluations include falsely-accused clerics from the majority, non-sexual-offending priest population.[206]

4.9 — Other Protections against Self-incrimination

Clerics enjoy civil rights and protections under the law, which cannot be circumvented. For example, the Canadian Charter of Rights and Freedoms contains protections for the right to silence in the pre-trial context and an accused's silence at trial may not be considered as evidence of guilt; no adverse inference may be drawn from a failure to testify.[207] The Canadian Charter also has a protection against self-incrimination, where a witness who "testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence."[208]

In the Constitution of the United States, the Fifth Amendment right against self-incrimination states that that "[n]o person … shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."[209] As one court found, "the Fifth Amendment analysis generally entails two considerations: whether the defendant's statements exposed him to a 'realistic threat of self-incrimination' in a subsequent proceeding and whether the State compelled the defendant's incriminating statements."[210]

Canonists can gain useful knowledge from a consideration of some enlightening case law from the United States, where polygraph testing of sex

[206] ISACCO et al., "How Religious Beliefs," 325.

[207] See DEPARTMENT OF JUSTICE, "Section 7 – Life, Liberty and Security of the Person," www.justice.gc.ca/eng/csj_sjc/rfc_dlc/ccrf_ccdl/check/art7.html.

[208] DEPARTMENT OF JUSTICE, "Section 13 – Protection against Self-incrimination," www.justice.gc.ca/eng/csj_sjc/rfc_dlc/ccrf_ccdl/check/art13.html. It is noted how the Fifth Amendment of the Constitution of the United States of America affords protection "against being compelled to provide incriminating evidence. This protection differs from section 13, which protects individuals from incriminating themselves through a rule against subsequent use. … The protection offered by section 13 always involves two distinct procedures: one where compelled testimony is given and another, subsequently, where the State seeks to use the prior testimony to incriminate an accused. As a general rule, except for an accused in a criminal proceeding, all persons possessing relevant evidence can be compelled to testify in proceedings of all manner, both civil and criminal (see *e.g.*, section 5 of the *Canada Evidence Act*)."

[209] *U.S. Const*. amend. V.

[210] *State v. King*, 130 Wn. 2d 517, 524 (Wash. 1996), and "a realistic threat of self-incrimination" is a citation from *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420 (1984).

offenders is well established, and issues about self-incrimination have been defined by various courts. One significant case is from the United States Court of Appeals.[211] A convicted sex offender, Lawrence Antelope, on supervised release which offered him treatment but at a cost of incriminating himself as part of the sex offender treatment. One of the terms of probation required Antelope to take part in the Sexual Abuse Behavior Evaluation and Recovery program (SABER). This involved mandatory periodic and random polygraph examinations.[212]

The district court revoked Antelope's probation for failing to comply with a number of probation conditions, such as undergoing polygraph examinations in the SABER program. After other court proceedings, Antelope persisted to refuse to submit to the polygraph which would result in incarceration. Eventually Antelope was found to be in violation of probation. At the probation revocation hearing, the treatment counsellor testified that Antelope did not complete SABER's sexual history autobiography assignment and full disclosure polygraph verifying his full sexual history. The counsellor stated that Antelope was told that any past criminal offenses revealed in the course of the program could be handed over to the authorities, e.g., a legal obligation to submit information about offences involving victims aged under eighteen years.

The district court rejected an appeal, ruling that probation nullifies any Fifth Amendment right Antelope might have to decline to reveal information that may incriminate him, and it sentenced him to thirty months in prison. After resentencing and serving his prison term, he was released under supervision. Although Antelope desired treatment, he continued to refuse to reveal his full sexual history in the absence of an assurance of immunity. The district court sentenced Antelope to further prison time and twenty-six months of supervised release with the same conditions. However, the Ninth Circuit found that the SABER program required Antelope to disclose his full sexual history, including all past sexual criminal offenses, in complete autobiography and full disclosure polygraph examination. The court found: "The treatment condition placed Antelope at a crossroads—comply and incriminate himself or invoke his right against self-incrimination and be sent

211 See *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128 (9th Cir. 2005). The judges make comparative comments on an earlier United States Supreme Court case, *McKune v. Lile*, 536 U.S. 24, 122 S. Ct. 2017 (2002). The Supreme Court on a 5-4 decision reversed and remanded a previous Court of Appeals for the Tenth Circuit judgement that found there was compelled self-incrimination prohibited by the Fifth Amendment in the sex offender treatment program of a prisoner in Kansas.

212 *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128, 1131 (9th Cir. 2005).

to prison. We therefore conclude that Antelope's successful participation in SABER triggered a real danger of self-incrimination [...] We have no doubt that any admissions of past crimes would likely make their way into the hands of prosecutors."[213] At issue was whether the government violated his Fifth Amendment right against compelled self-incrimination. The court held that "the Constitution does not countenance the sort of government coercion imposed on Antelope."[214] The judges reversed the judgement of the district court.

The appeal court did not doubt that "SABER's policy of requiring convicted sex offenders to give a sexual history, admitting responsibility for past misconduct to participating counselors, serves an important rehabilitative purpose."[215] But, despite a valid purpose, disclosures "also may be starkly incriminating, and there is no disputing that the government may seek to use such disclosures for prosecutorial purposes."[216]

This case was cited in the Court of Appeals of the State of Washington Division in 2016.[217] An appeal by Steven Craig Powell against a trial court order finding he violated his community custody argued that compelling him to disclose his sexual history in the course of sexual deviancy treatment imposed by the court violated his Fifth Amendment right against self-incrimination.[218] The court found that once Powell invoked his Fifth Amendment right against self-incrimination, compelling him to reveal his sexual history in treatment for sexual deviancy as part of his criminal sentence is a Fifth Amendment violation.[219]

[213] *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128, 1135 (9th Cir. 2005).

[214] *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128, 1130 (9th Cir. 2005).

[215] *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128, 1137 (9th Cir. 2005). That is, the sex offender rehabilitation program requires participants "to confront their past and accept responsibility for their misconduct .... Research indicates that offenders who deny all allegations of sexual abuse are three times more likely to fail in treatment than those who admit even partial complicity." *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128, 1137 (9th Cir. 2005).

[216] "In fact, Antelope's SABER counselor testified that he routinely transmits to authorities any admissions his clients make about past sex crimes, and that such reports have led to more prosecutions and convictions." *U.S. v. Antelope*, 395 F.3d 1128, 1138 (9th Cir. 2005). See also *United States v. Bahr*, 730 F.3d 963, 967 (9th Cir. 2013); *United States v. Von Behren*, 822 F.3d 1139 (10th Cir. 2016).

[217] See *State v. Powell*, 370 P.3d 56, 193 Wn. App. 112, 193 Wash. App. 112 (Wash. Ct. App. 2016).

[218] See *State v. Powell*, 370 P.3d 56, 57 (Wash. Ct. App. 2016).

[219] The sexual deviancy treatment provider required Powell to sign the "psychosexual evaluation agreement documents," which he refused to do, as well as refusing to complete the psychosexual evaluation and disclose his sexual history, asserting his Fifth Amendment rights. Powell's argument was that, in the absence of a grant of immunity, his Fifth

In another case, the court ruled that if a question asked during a polygraph examination requires providing an answer that would incriminate a defendant in future criminal proceedings, the defendant retains the right to invoke his Fifth Amendment privilege and remain silent.[220] However, if a questionnaire can be legitimate if its completion does not incriminate the person,[221] e.g., where after input into the database, the offender's responses are shredded and the questionnaire is used only as a treatment tool; and the questionnaire cannot be used as a basis for revoking supervised release.[222] Nevertheless, the courts have recognised conditions of supervised release involving polygraph testing, which accommodated constitutional concerns by adding safeguards.[223] They have also recognized that requiring a sex offender to attend treatment is not, in and of itself, incriminating, and the requirement of a polygraph in itself is insufficient to be an infringement of the privilege.[224] There has to be demonstrated a "reasonable fear" that the polygraph examiner would elicit an incriminating response.[225]

These juridical cases affirm the right against self-incrimination within their systems of PCSOT. Yet the polygraph functions in other deceptive ways. Instead of eliciting confessions, PCSOT is interested in "clinically significant disclosures" (CSDs) made by offenders before, during, or after the polygraph examination, which are relevant to their treatment or supervision, e.g., past criminal activities or any suspected current criminal activity,

Amendment rights protected him from revealing his likely incriminating sexual history. See *State v. Powell*, 370 P.3d 56, 57 (Wash. Ct. App. 2016). "We hold that once Powell invoked his Fifth Amendment right against self-incrimination, punishing him for asserting his right to remain silent and compelling him to disclose his sexual history in the course of sexual deviancy treatment imposed as part of his criminal sentence without immunity from future prosecution is a Fifth Amendment violation. We reverse and vacate the trial court's order." *State v. Powell*, 370 P.3d 56, 59 (Wash. Ct. App. 2016).

220 See *U.S. v. Stoterau*, 524 F.3d 988, 1004 (9th Cir. 2008).

221 See *United States v. Roller*, Case No. 08-cr-00361-BLF, 5 (N.D. Cal. Mar. 28, 2019).

222 See *United States v. Roller*, Case No. 08-cr-00361-BLF, 6 (N.D. Cal. Mar. 28, 2019).

223 In *U.S. v. Johnson*, 446 F.3d 272, 279 (2d Cir. 2006), the Second Circuit court found that "Johnson's probation officer may never ask a question sufficiently probing to justify invocation of the Fifth Amendment, or an incriminating answer may be ignored by prosecutors, or the district court may find no supervised release violation." *U.S. v. Johnson*, 446 F.3d 272, 279 (2d Cir. 2006). See also J.B./l.A./b.M./w.M./r.L. v. New Jersey State Parole Board (077235) (Statewide), A-81/82/83-15 (N.J. 2017). The Supreme Court of New Jersey upheld the Parole Board's use of polygraph testing but added that the Parole Board's regulations must be supplemented to buttress the parolees' Fifth Amendment right against self-incrimination.

224 See *People v. Ruch*, 379 P.3d 309, 314 (Colo. 2016).

225 See *People v. Roberson*, 377 P.3d 1039, 1049 (Colo. 2016).

sexual activity, and so forth.[226] Since the statements can be made at any time in the examination process demonstrates that the polygraph is not used objectively as a "lie detector," but rather "as a confessional apparatus. The aim is to get the offender to speak the truth about his deviance to produce greater trust in his willingness to self-manage a risky identity."[227]

In England, a report on mandatory polygraph testing of sexual offenders on supervised released in two regions there found that for offenders polygraphed, the majority of disclosures occurred in the polygraph session itself. "Most of these disclosures are reported to occur in the pre-polygraph interview before the polygraph test itself. This suggests that an impending polygraph test is enough to facilitate disclosures."[228] This involves deception. A study of sexual offenders under the jurisdiction of the Colorado Department of Corrections reported that polygraph questions are constructed so that deception indicates the offender actually has more offences or victims than previously revealed in the pretest. "When confronted with the results, offenders may admit to more previously undetected offenses because they believe the polygraph has revealed their lie. The research to date is beginning to support the polygraph as a reliable and valid instrument […] Thus, any placebo effects of polygraphy are extremely valuable for obtaining these disclosures. The goal of this process is to obtain accurate sexual histories, and any admissions help achieve this goal."[229] Judges are aware of this. In the use of polygraphs at a sex offender treatment program,[230] the staff testified that when patients know they will be polygraphed and there will be consequences based on the results, the patients are more likely to be honest and to make pre-polygraph admissions about their behavior and thoughts.[231] Magistrate Judge Paul Zoss writes that, according to the facility administrator, "it is more important for patients to believe the polygraph is valid then for the test actually to be valid. In this respect, the polygraphs act similarly to a placebo for some patients, in that

[226] See Andrew BALMER, *Lie Detection and the Law: Torture, Technology and Truth*, London, Routledge, 2018, 153.

[227] Ibid.

[228] Theresa A GANNON, Jane WOOD, Afroditi PINA, et al., *The Evaluation of the Mandatory Polygraph Pilot*, Ministry of Justice Research Series 14/12, Ministry of Justice, 2012, 13.

[229] AHLMEYER et al., "The Impact of Polygraphy," 134-135.

[230] The matter involves the Civil Commitment Unit for Sexual Offenders, Cherokee Mental Health Institute, Cherokee, Iowa (CCUSO) in the United States. Testifying in the case was Jason Smith, who is Administrator of the facility.

[231] See *Willis v. Smith*, No. C04-4012-MWB, 7-8 (N.D. Iowa Feb. 28, 2005). "He wants to encourage pre-polygraph admissions so patients can benefit from the treatment that is being offered to them."

if the patient is worried about being caught in a deception, the patient may admit things before the test is administered."[232]

The above discussion mirrors the plight of the priest in the case study who voluntarily underwent a polygraph examination of his personal sexual history and *prima facie* disclosed delicts and crimes. In general, depending on the jurisdiction where a particular Church is located, there may well be a civil right to silence and a right against self-incrimination which is upheld even for prisoners in the criminal justice system. It is a matter of natural justice, therefore, that clergy being investigated are informed of their civil and canonical rights before any ecclesiastical process begins. Moreover, they ought to be offered information that a polygraph is not used as a lie detector as such; instead it is an instrument to induce disclosures which may be self-incriminating.

4.10 — The Right to Defence and Right to Counsel

Canon law holds that the Christian faithful may legitimately "vindicate and defend the rights which they possess in the Church in the competent ecclesiastical forum according to the norm of law" (c. 221 § 1). If summoned to trial, the Christian faithful "have the right to be judged according to the prescripts of the law applied with equity" (c. 221 §2). Interpreting canon 1598 § 1, a previous legislator wrote that the principle which must guide all judicial activity in Church is that "the right of defense always remains intact."[233] The *right of defence* in canon law is grounded on the natural law and expressed concretely in procedures in positive law, and thus through diligent application of the procedures helps ensure the right of defence.[234] As Pope John Paul II taught, the right of defence of each party in the trial should be exercised according to the just dispositions of positive law, which should guarantee the practical possibility of exercising that right. "The faithful observance of the positive law in this regard constitutes therefore a grave obligation for those engaged in the administration of justice in the Church."[235] In an extrajudicial penal process, the argument for the defence can utilise all legitimate means, such as the request to hear its own witnesses or to present

[232] *Willis v. Smith*, No. C04-4012-MWB, 7-8 (N.D. Iowa Feb. 28, 2005).

[233] John Paul II, Allocution to the Roman Rota, 26 January 1989, English translation at www.vatican.va/content/john_paul_ii/en/speeches/1989/january/documents (= John Paul II, Allocution, 26 January 1989).

[234] See Philip J. Brown, "The Right of Defense and Due Process: Fulcrum of Justice, Heart of the Law," in *StC*, 52 (2018), 319-329.

[235] John Paul II, Allocution, 26 January 1989.

documents and expert opinions (*Vademecum* 111). For canonical proceedings, experts are especially helpful in ascertaining the imputability of the accused.[236]

In the ecclesiastical forum, it may be tempting to follow civil examples where the polygraph aided in the defence, though the admissibility of the polygraph varies. In criminal cases, polygraphs may attest innocence if the evidence is admitted.[237] One idea of law reform is to allow defendants, at their discretion, to introduce polygraph evidence into their trials, and then a defendant who agrees to undergo an examination is probative of innocence.[238] Yet, an innocent person can also fail a polygraph test.[239] A priest was arrested and tried as a holdup man and sent to a mental hospital, until another man confessed. The priest consented to a polygraph test. The police detectives told him, "You take this test, Father, and if it comes out okay we'll just drop the whole thing" and he thought, "why not?"[240] He failed the polygraph and was identified from a lineup with others. Thus, in canonical settings, if the polygraph findings are contrary to the wishes of the accused or misrepresent the truth, a judge could admit the expert testimony nonetheless, overruling the accused's objections.[241]

Any admission of polygraphs would need proper consent. Drawing on the socio-legal thinking of the West German courts discussed above, a waiver of immunity is also needed. The concept of waiver in law and processes is grounded on the essential rationality of human beings and the judicial notion of individualism. Yet the scholars also point to the significance of the irrational in a psychological and ethical structure in human persons, influenced by modern philosophy such as existentialism and psychoanalysis. "False positive" results make sense in light of the

236 See John A. ALESANDRO, "A Study of Canon Law: Dismissal from the Clerical State in Cases of Sexual Misconduct," in *The Catholic Lawyer*, 36 (1996), 290.

237 See Vincent V. VIGLUICCI, "Calculating Credibility: State v. Sharma and the Future of Polygraph Admissibility in Ohio and Beyond," *Akron Law Review*, 42, 1 (2009), 319-354, analysing the order of the judge in *State v. Sharma*, 875 N.E.2d 1002 (Ohio Ct. Com. Pl. 2007). One judge, disregarding Ohio precedent, admitted into evidence the results of a defendant's three polygraphs results attesting innocence, without the prosecutor's stipulation, and it was an unprecedented decision outside the state of New Mexico.

238 See Rob WARDEN and John SEASLY, "Unrequited Innocence in U.S. Capital Cases: Unintended Consequences of the Fourth Kind," in *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, 14 (2019), 463.

239 See Chris OCHOA and Carlita SALAZAR, "How the Threat of the Trial Penalty Coerces the Innocent to Plead Guilty: a First-Hand Account of an Exoneree," in *Federal Sentencing Reporter*, 31 (2019), 299-302.

240 FRANKLIN, "Vindicated Priest," 24.

241 See ALESANDRO, "Polygraph Evidence in a Penal Trial," 176.

waiver of immunity from psychological testing, "for, since such tests reveal the unconscious, the examinee never knows in advance the precise scope of his waiver so that such waiver is largely meaningless."[242] Applied to the polygraph, by consenting to the test, the findings may be unfavourable to the accused and therefore the acts as evidence incriminating the accused.

What if the accused demands a test? Silving finds that this argument involves sacrificing an essential ethical tenet, namely that human beings have ultimate value, "not as a member of a species, but as a unique historical event…."

> Democracy is an ethical philosophy, on the one hand, and a governmental proposition on the other. Wherever possible, it respects individual uniqueness. However, consideration of such uniqueness is necessarily limited when it conflicts with the regard due to other individuals. In cases of conflicting claims, democratic law must give precedence to the general "dignity of man" over the individual dignity of a man. Human dignity in democratic law is not entirely a personal attribute of the individual as a unique event but rather a "virtue" accorded to the individual by the law. It is the expression of society's respect for the individual, the manner in which the state as a "person" meets the individual as a person.[243]

Most authorities in this case concurred with the Supreme Court in West Germany that the constitutional proscription on using lie-detector tests cannot be waived by the accused. The state has a provision under Article One of the Constitution to defend human dignity and free will. Thus, Kagantec explains that "these rights are of super-individual concern and must be protected against infringements by the individual himself as well as against encroachments by the state authority. The right of an accused to decide whether and how to answer a criminal charge must not be renounceable if the smallest degree of moral freedom is to be preserved in the criminal procedure."[244] It is a current of thought lost in contemporary philosophy of law which echoes the thinking of Pius XII.

In addition, the polygraph is also used in screening and employment. An electrical transformer was stolen during the night shift. The employees were tested, and one found deceptive was accused of stealing, although the man worked for the company for twenty-five years. Known to be a very honest person, he denied the allegations, demanded to be re-tested and successfully

[242] SILVING, "Testing of the Unconscious," 692.
[243] Ibid., 693.
[244] Henry J. KAGANTEC, "Lie-Detector Tests and 'Freedom of the Will' in Germany," in *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 47 (1957), 573.

passed the re-rest.[245] Analogously, can a cleric request a re-test and, if so, who pays for it?

The right of defence also implies that it is an adequate and authentic defence, and this entails legal expertise and an implied right to counsel. The 1983 Code specifies the right an accused person facing a penal trial to have the benefits of a defence advocate, and since the norm does not admit of exception, canonists think that "gratuitous legal assistance must be provided for an accused who cannot afford to pay for it, although it is unfortunate that the former code's express provision in this regard has been dropped."[246]

During a preliminary investigation in cases of sexual abuse of minors by clerics, the norms in the *Vademecum* state that if an accused person is to be questioned, it is not obligatory to name an official advocate for him because it is a preliminary phase prior to a possible process. Still, "if he considers it helpful, however, he can be assisted by a patron of his choice" (*Vademecum* 54). Whereas in an extrajudicial penal process, while not explicitly required by law, nonetheless, since it is a penal matter, "it is most fitting that the accused, in accordance with the prescriptions of canons 1723 and 1481 §§ 1-2 *CIC*, be assisted by a procurator and/or advocate, either of his own choice or, otherwise, appointed *ex officio*" (*Vademecum* 98).[247]

The faithful have a dual accountability as citizens and Catholic Christians, involving an interconnection of civil and ecclesiastical laws and their courts and juridical processes. The Church claims "proper and exclusive right" to judge and impose penalties for the violation of ecclesiastical laws and all those matters in which there is a question of sin (c. 1401 § 2). However, canonists interpret this as not asserting an exclusive judicial competence over every sin; and "it would be a vacuous tautology, unworthy of a code of law, to say that only the Church can judge a sin with a view towards imposing a church penalty."[248] Similarly, the right of an accused to defence counsel is recognized as a human right and found in all modern constitutions and

[245] See Tuvya T. AMSEL, "Practicum. The CQT How To & Why To," in *European Polygraph*, 11 (2017), 29-30.

[246] John B. HESCH, "The Right of the Accused Person to an Advocate in a Penal Trial," in *J*, 52 (1992), 733. Hesch, p. 727, refers to *CIC/17* canon 1914. "Pauperes, si in totum impares sint expensis iudicialibus sustinendis, ius habent ad gratuitum patrocinium; si ex parte tantum, ad expensarum deminutionem." Thus, he says, a defendant not able to afford these services ought to receive them gratuitously, and the court could request the advocate to waive the fee.

[247] This is a canonical advocate, which means the Ordinary or his delegate must be informed of the appointment of the advocate through an authentic mandate (c. 1484 § 1) and meet the requirements of canon 1483.

[248] Lawrence G. WRENN, "The Scope of the Church's Judicial Competence," in *J*, 45 (1985), 651.

human rights conventions. This carries with it a presumption of innocence and the right to remain silent.[249] Thus, because the Church procedures are potentially available to civil jurisdictions, e.g., through reporting obligations and judicial seizure (*Vademecum* 44),[250] the cleric under investigation has civil legal standing and must be afforded proper legal counsel, canon law advice, and an advocate.

The sexual abuse crisis suggests that a cleric accused of a serious delict needs representation through all stages of the canonical proceedings.[251] In the face of an accusation, priests frequently feel alone, afraid, and overcome. They may not know their canonical rights; they may not have expertise on the legal processes; they may encounter problems finding a canon lawyer willing to take on their case and may lack financial resources. These difficulties can diminish the accused's right to due process in an ecclesiastical proceeding.[252]

To protect the rights of citizens, some jurisdictions adopt measures to assure the exercise of the right against self-incrimination, which includes the right "to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires."[253] The Church should ensure the accused cleric has the rightful opportunity of defence by providing where needed a canon lawyer and civil lawyer. The use of the polygraph can gravely disadvantage the one under investigation, even though he be not summoned (yet) to a judicial trial or an extra-judicial process (*Vademecum* 90-139). Clear procedures such as those in the *Vademecum* ought to deliver justice, yet the lack of an advocate and lawyer compromises the right of defence of the clergy.

[249] See Lorena Bachmaier WINTER and Stephen C. THAMAN, "A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications," in Lorena BACHMAIER WINTER, Stephen C. THAMAN, and Veronica LYNN (eds.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*, Cham, Springer, 2020, 9.

[250] The special norms for the more serious delicts reserved to the Holy See are seen as addressing the weakness of applying the principle of subsidiarity understood as decentralisation; the new norms on reserved delicts reflects secular criminal law where serious crimes are investigated and prosecuted centrally. See Rafael DOMINGO, "Penal Law in the Roman Catholic Church," in *Ecclesiastical Law Journal*, 20 (2018), 166.

[251] See John J. COUGHLIN, *Law, Person, and Community: Philosophical, Theological, and Comparative Perspectives on Canon Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 149-150.

[252] See ibid., 150.

[253] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 479 (1966), one of the so-called 'Miranda warnings' given before an interrogation in custody.

Conclusion

The *Vademecum* ends by affirming: "Only a profound knowledge of the law and its aims can render due service to truth and justice..." (*Vademecum* 164). In its service to truth and justice, the law upholds fundamental human and ecclesial rights, an aim which is all the more important in the present context of the Church's responses to reports of sexual abuse, coloured as they are by "public relations expectations, insurance policies, civil litigation, and secular criminal investigation" such that "the rights of the accused have been gravely curtailed if not societally denied."[254] If the competent ecclesiastical authorities follow the practice in secular criminal justice of employing polygraph examinations, then a restraining or denial of the rights of the accused will likely be duplicated in Church processes. The polygraph and its scientifically questionable methods amount to a disadvantaging of the accused, and therefore to a lack of due judicial process, the right of defence, and canonical equity.[255]

The danger of this occurring may be addressed on two other fronts. Firstly is the principle that "law follows theology," which means that ecclesiastical norms "flow from and accord with the moral values which Christians profess."[256] If the polygraph and its methods were to be used in an ecclesial setting, the officials involved would not be faithful to the Church's influential theological and anthropological ideas as articulated by Pope Pius XII, which emanate from concerns for persons, their minds and privacy, and their human dignity. These concerns are also expressed in socio-legal scholarly works and the judgements of European courts. This school of thought and the papal teaching embody a lofty standard which the competent ecclesiastical authorities must strive to uphold in canonical investigations.

Secondly is the irony seen in the fact that polygraph examiners often style themselves as "Seekers of the Truth,"[257] a fiction which ignores the consistently revealed problems with polygraphs, especially their unethical uses and unreliability. The state criminal justice's publicly known deceptive usage

[254] William L. DANIEL, "The Principle of Collegiality in the Exercise of Judicial Power in the Church," in *StC*, 53 (2019), 427.

[255] The Church has clear expectations about the state's policies and practices: "*The activity of offices charged with establishing criminal responsibility, which is always personal in character, must strive to be a meticulous search for truth and must be conducted in full respect for the dignity and rights of the human person*; this means guaranteeing the rights of the guilty as well as those of the innocent" (italics in the original; PCJP, *Compendium*, 404).

[256] PAPROCKI, "Confronting the Myths," 625.

[257] C. Gerald CARTER, "College Fraternity or Research Based Profession?" in *APA Magazine*, 49 (2016), 79.

of polygraphs in policing and sex offender management recalls the classic question, *quid est veritas?* (John 18:38). It is paradoxical that ecclesiastical authorities would authorise instruments which—if not deceptive—are in every case fallible. A charter of rights and protections would significantly inform clerics, including ordinaries and hierarchs, of what must be central to protect rights and promote justice.

Studia canonica 54 | 2020, 579-621
doi: 10.2143/STC.54.2.3289270

LE PAPE FRANÇOIS ET LA CRISE DES ABUS SEXUELS

LA POURSUITE DE LA RÉFORME DU DROIT PÉNAL CANONIQUE[1]

VALÈRE NKOUAYA MBANDJI, S.J.

RESUMÉ — De manière chronologique, l'auteur de cet article met en relief les modifications majeures effectuées au droit pénal canonique en matière de protection des personnes mineures et de celles vulnérables. Les changements louables effectués par le pape François sont à situer dans la dynamique de la poursuite d'une réforme auparavant entreprise par ses prédécesseurs. La récente publication du *Vademecum* de la CDF manifeste encore la détermination du législateur canonique à clarifier davantage les procédures pénales en cas de *graviora delicta contra mores*.

SUMMARY — The author of this article highlights, in chronological order, the major changes made to the penal law of the Church with regard to the protection of minors and vulnerable persons. The praiseworthy changes made by Pope Francis are situated in the dynamics of the pursuit of a reform previously undertaken by his predecessors. The recent publication of the CDF's *Vademecum* further demonstrates the determination of the canonical legislator to further clarify criminal proceedings in cases of *graviora delicta contra mores*.

Introduction

La découverte au début des années 1980 du drame des abus sexuels perpétrés sur des personnes mineures et sur celles vulnérables a conduit à de multiples révisions des normes du droit pénal de l'Église catholique. La politique

[1] Ce texte est basé sur l'atelier animé le 27 Mars 2020 au Centre de protection des mineurs et des personnes vulnérables de l'Université Saint-Paul à Ottawa. Au moment où nous achevons sa rédaction, nous sommes toujours dans l'attente de la publication de la réforme annoncée du livre VI du *CIC*/83.

actuelle de la « Tolérance zéro » mise en œuvre pour remédier à cette crise sans précèdent et le récent motu proprio *Vos estis lux mundi* du pape François (2019) s'inscrivent dans la volonté résolue des papes Jean Paul II et Benoît XVI : réformer le droit pénal canonique afin de répondre de manière plus adéquate à cette crise. Aujourd'hui, il est tout à fait légitime, voire nécessaire qu'aussi bien le juriste, le théologien, le sociologue, le fidèle chrétien que l'observateur averti de la vie de l'Église se posent la question de ce qui a été fait au niveau législatif pour assurer une meilleure protection des mineurs et des personnes vulnérables. Telle est la question essentielle de cet article. Pour y répondre, il convient de passer en revue, de manière chronologique, les normes pénales qui incriminent les actes d'abus sexuels dans les codes de droit canonique ainsi que les actes législatifs ultérieurs à la publication desdits codes. La détermination du pape François à combattre les abus sexuels et à faire de l'Église une institution crédible et proactive dans la protection des mineurs et des personnes vulnérables est plus que visible. Nous mettrons en relief les décisions courageuses prises par ce premier pape jésuite, pour garantir l'intérêt supérieur de l'enfant et la protection des personnes vulnérables.

1 — *La gravité des actes délictuels et la nécessité de la réforme du droit pénal canonique*

Un bref rappel des actes d'abus sexuels commis sur des mineurs et sur des personnes vulnérables par les membres de l'Église permet de mieux apprécier l'opportunité de la réforme des lois pénales de l'Église et d'en évaluer la pertinence.

1.1 — Le scandale des abus sexuels dans l'Église

Le scandale des abus sexuels perpétrés sur des mineurs par des « membres » des institutions religieuses en général et surtout celles de l'Église catholique en particulier éclata dans les années 1980 aux États-Unis d'Amérique et dans les années 1990 en Europe[2]. En octobre 1984, un scandale défraya la chronique en Louisiane (USA) à la suite du comportement pédophile du prêtre catholique romain G. Gauthe qui a servi quatre paroisses et aurait abusé de plus de cent

[2] Voir M.-J. THIEL, *L'Église catholique face aux abus sexuels sur des mineurs*, Montréal, Novalis, 2019, 307 (= THIEL, *L'Église catholique*). Sur l'évolution du concept d'abus sexuel, voir J.A. MURILLO, « Abuso sexual, de conciencia y de poder : una nueva definición », dans *Estudios eclesiáticos*, 95 (2020), 415-421.

garçons[3]. En 2004, le « John Jay College of Criminal Justice » rend publique une étude qui couvre la période de 1950 à 2002. Cette étude montre la prédominance des abus sexuels sur les mineurs de moins de dix-huit ans. Les victimes des prêtres et diacres avaient moins de six ans, d'autres entre huit à dix ans; onze et quatorze ans; quinze à dix-sept ans. Dans l'ensemble 81% des victimes étaient de sexe masculin et 19 % de sexe féminin. Les actes incriminés sont divers : des touches inappropriées sur des habits, des attouchements sous des habits, du sexe buccal et des actes de pénétration ou attentat pénétration par l'organe sexuel[4]. Diverses méthodes ou tactiques de manipulation (technique de *grooming*) furent utilisées[5].

Le 20 juin 2018, les allégations contre le Cardinal Theodore Edgar McGarrick (Archevêque de Washington) laissent penser qu'il aurait sexuellement abusé d'un mineur dans les années 1970, de trois adultes dont deux séminaristes et un jeune prêtre. Sa démission fut acceptée le 28 juillet 2018 par le pape François qui lui interdit tout ministère public. Après sa démission, les langues se délièrent et on assista à de nouvelles allégations. Theodore E. McGarrick aurait harcelé ou eu des relations sexuelles avec une douzaine de séminaristes ainsi que des prêtres[6]. Après son procès canonique, il fut démis de l'état clérical en 2019. En 2018, le rapport du Grand Jury de Pennsylvanie est rendu public. Dans une étude historique qui commence aux années 1940, le Grand Jury arrive à la conclusion que plus de mille enfants et adolescents, surtout des garçons ont été victimes d'au moins trois cents prêtres en Pennsylvanie. Certains enfants ou adolescents ont été drogués par l'alcool, manipulés par la pornographie, certains violés par voie orale, vaginale, anale[7].

[3] Voir T. J. Paprocki, « Confronting the Myths and Realities of Clerical Sexual Abuse of Minors in the Catholic Church », dans *StC*, 53 (2019), 615; K. Demasure, « Clergy Sexual Abuse in the Roman Catholic Church: Exploring Contextual Factors », in C. Wolfteich et A. Dillen (dirs.), *Catholic Approches in Practical Theology: International and Interdisciplinary Perspectives*, Leuven-Paris-Bristol, Peeters, 2016, 164-166 (= Demasure, « Clergy Sexual Abuse »).

[4] Voir The John Jay College of Criminal Justice, *The Nature and Scope of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests and Deacons in the United States 1950-2002: A Research Study Conducted by the John Jay College of Criminal Justice*, Washington, USCCB, 2004, 4, 6, 22.

[5] Voir Id., *The Causes and Context of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests in the United States: 1950-2010*, Washington, USCCB, 2011, 102. Voir aussi A.M. McAlinden, *Grooming and the Sexual Abuse of Children: Institutional, Internet, and Familial Dimensions*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 175; J. Knoll, « Teacher Sexual Misconduct: Grooming Patterns and Female Offenders », dans *Journal of Child Sexual Abuse*, 19 (2010), 374.

[6] Voir Thiel, *L'Église catholique*, 321-322.

[7] Voir Commonwealth of Pennsylvania, Office of Attorney General, *Report I of the 40th Statewide Investigating Grand Jury*, 27 Juliet 2018, www.attorney-general.gov/report; Thiel, *L'Église catholique*, 327-328.

Au Canada, en vue de leur assimilation, près de 150 000 Amérindiens ont été contraints dès la fin du XIXe s. jusqu'aux années 1970 à fréquenter des pensionnats religieux où ont eu lieu de nombreux actes de maltraitance et d'abus sexuels sur des personnes mineures. Les entités indexées sont l'État et les Églises, surtout l'Église catholique[8]. La plupart des accusations d'abus sexuels portées contre des prêtres provenait des provinces de l'Ouest et en Newfoundland (Terre Neuve). Dès 1988, plusieurs plaintes étaient faites contre l'archidiocèse de Saint-Jean de Terre Neuve pour des cas d'abus sexuels qui se seraient déroulés dans les années 1950 à l'orphelinat du Mount Cashel[9]. De nos jours, des allégations d'abus sexuels contre certains prêtres très âgés parviennent encore aux responsables de plusieurs diocèses de l'Église catholique du Canada.

En Irlande, l'Église commença à être éclaboussée par les scandales d'abus sexuels sur des personnes mineures par l'arrestation en 1994 du P. Brendan Smyth qui avait violé des dizaines d'enfants pendant dix-huit ans. Il fut condamné en 1994[10]. C'est véritablement dans les années 2000 que la parole commença à se libérer. En 2009, fut publié le rapport accablant de la commission indépendante et quasi-juridique nommée « Ryan commission », qui pendant dix ans mena des enquêtes sur les institutions catholiques éducatives gérées par les structures religieuses et financées par le ministère irlandais de l'éducation[11]. Sur une période allant de 1936-2009, 1090 hommes et femmes avaient été auditionnés par la commission d'enquête. La moitié d'entre-eux avait subi des violences sexuelles et plus de cent prêtres étaient impliqués. La commission (« Ryan commission ») nota que les abus sexuels sur les jeunes garçons étaient chroniques dans certaines institutions gérées par les frères de la congrégation des « Christian Brothers ». Des actes de caresse, de viol, de sodomie parfois accompagnés de maltraitance, de violence et de menace des élèves ont été constatés et visaient à dissuader toute dénonciation des auteurs par les victimes[12].

8 Voir THIEL, *L'Église* catholique, 333-334.

9 Voir G. ERLANDSON et M. BUNSON (dirs.), *Pope Benedict XVI and the Sexual Abuse Crisis: Working for Redemption and Renewal*, Huntington, IN, Our Sunday Visitor, 2010, 67. Pour les religieuses et religieux présumés coupables d'abus sexuels dans les pensionnats amérindiens du Québec, voir D. TREMBLAY, *L'éveil des survivants : récits des abus sexuels dans les pensionnats amérindiens du Québec*, Montréal, Michel Brûlé, 2008, 222-244.

10 Voir THIEL, *L'Église catholique*, 366.

11 Voir COMMISSION TO INQUIRE INTO CHILD ABUSE INVESTIGATION COMMITTEE REPORT (Ryan Report), Irlande, 2009, cinq volumes. En ligne : www.child-abuse-commission.ie/rpt (= COMMISSION TO INQUIRE).

12 Voir ibid., vol. 1, § 8. 338.

Aux cinq volumes du « Ryan Report », s'ajouta le « Murphy Report »[13] qui livra les conclusions d'enquête du gouvernement irlandais sur les abus sexuels dans l'archidiocèse de Dublin durant la période de 1974-2004. Ce rapport de 724 pages examina les plaintes portant sur plus de 320 abus sur des enfants et dénonça l'attitude de la hiérarchie de l'Église catholique de Dublin qui aurait consisté à garder le secret, à éviter le scandale, à protéger la réputation de l'Église ainsi que ses biens. En mars 2009, le gouvernement irlandais demanda qu'une enquête similaire soit effectuée dans le diocèse de Cloyne pour la période de 1996-2009. Le rapport fut publié le 13 juillet 2011[14].

En Australie, la majorité des plaintes concernait les abus qui auraient eu lieu après la seconde guerre mondiale (1939-1945) quand l'Église a volontairement pris en charge plus de quatre mille enfants majoritairement orphelins. En 1991 fut établi un comité multidisciplinaire pour enquêter sur les abus. Ledit comité fit le constat de multiples abus sexuels sur des enfants dans des institutions[15]. En 2017, après cinq ans d'enquête et quatre cent quarante jours d'audition, la Commission royale d'enquête australienne sur les abus sexuels sur mineurs publia un rapport accablant de dix-sept volumes[16] qui montre que toutes les institutions en contact avec des enfants (orphelinat, clubs de sport, écoles, organisations de jeunesse, Église catholique, Église protestant) ont été défaillantes. Entre le 7 mai 2013 et le 31 mai 2017, la Commission Royale a recueilli les témoignages de 7 981 victimes agressées sexuellement quand elles étaient enfants. Parmi les 7 981 victimes entendues à huis clos, 63,6% sont des hommes, 14,9% sont des aborigènes et 4,2% souffraient d'une infirmité lorsqu'elles avaient été abusées. Sept pour cent des prêtres auraient été mis en cause pour des actes de pédophilie entre 1950 et 2010. Le comité indique que plus de 4 444 accusations avaient été signalées à l'Église catholique entre 1980 et 2015[17].

13 Voir Commission of Investigation, Report into the Catholic Archdiocese of Dublin, 21 juillet 2009, www.cjwalsh.ie/wp_content/uploads/2009.

14 Voir Commission of Investigation, Report into the Catholic Diocese of Cloyne, December 2010, www.bishop-accountability.org/reports/2011_07_13, Cloyne Report; Thiel, *L'Église catholique*, 368.

15 Voir E.M. Delaney, *Canonical Implications of the Response of the Catholic Church in Australia to Child Sexual Abuse*, thèse de doctorat, Ottawa, Saint Paul University, 2004, 83-84.

16 Voir Royal Commission into Institutional Responses to Child Abuse, Final Report, 15 décembre 2017, www.child-abuse-royal-commission.gov.au/final_report.

17 Voir M. Malzac, ce que révèlent les chiffres de la pédophilie dans l'Église en Australie, 6 février 2017, www.la-croix.com/Religion/_chiffres_pedophilie_dans_l'Église_Australie, 2017-02-06, 1200822831.

La commission royale australienne sur les abus sexuels fit plusieurs recommandations parmi lesquelles : la suppression de la prescription canonique en matière d'abus sexuels sur des mineurs et la modification de l'âge de ces derniers dans des cas de délits pédopornographiques (recommandations 16.9 et 16.12); l'intégration dans le droit canonique d'une mention spécifique pour les abus sexuels d'enfants (recommandations 16.9); la non-entrave au signalement des abuseurs via le secret pontifical (recommandations 16.10)[18]; le célibat volontaire (recommandations 16.18); le différemment de l'absolution pendant la confession jusqu'à ce que la personne se dénonce aux autorités civiles (recommandations 16. 26). Le 11 août 2018, l'Église australienne réagit au rapport de la commission royale[19].

Pour l'Église de France, ce n'est qu'en 2000 que beaucoup de prélats français constatent la gravité des abus sexuels sur des personnes mineures. En septembre 2001 Mgr Pierre Pican fut condamné par le tribunal correctionnel de Caen pour non-dénonciation de l'abbé Bissey. Malgré l'invocation du secret professionnel par Mgr Pierre Pican, les juges retinrent qu'il avait eu connaissance des faits en cause en dehors des confidences de son auteur qui lui était subordonné et en dehors de la confession. L'Abbé Bissey fut reconnu coupable par la Cour d'assises de Calvados de « viols et agressions sexuelles sur onze mineurs » et condamné à dix-huit ans de prison.

Le Père Preynat aurait abusé de plus de soixante-dix mineurs lorsqu'il encadrait les scouts dans les années 1970 et 1980. En février 2016, une plainte visa Mgr Barbarin et son entourage pour non-dénonciation d'agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans et non-assistance à personne en péril (pour deux victimes)[20]. Le 7 mars, le Cardinal Barbarin fut reconnu coupable et condamné à six mois de prison avec sursis. Ses co-accusés furent acquittés. En appel, le Cardinal Barbarin soutint qu'il n'avait jamais délibérément découragé les victimes de signaler les allégations de mauvais traitements aux autorités civiles. Il fut acquitté en appel le 30 janvier 2020. Malgré cela il réitéra sa démission qui fut acceptée par le pape François le vendredi 6 mars 2020. Le 10 février 2019 par la volonté conjointe de la Conférence des évêques de France (CEF) et de la Conférence des religieuses et religieux de France (Corref), fut créée la Commission indépendante contre les abus sexuels dans l'Église (CIASE).

[18] Voir D.G. ASTIGUETA, « Lettura di Vos estis lux mundi », dans *Periodica*, 108 (2019), 532 (= ASTIGUETA, « Lettura di Vos estis lux mundi »).

[19] Voir AUSTRALIAN CATHOLIC BISHOPS CONFERENCE, Australian Catholic Bishops Conference and Catholic Religious Australia's Response to the Royal Commission into Institutional Response to Child Sexual Abuse, 11 août 2018, www.catholic.org.au/acbc_media/media_centre/media_releases_new/2139_acbc_and_cra_response_to_the_royal_commission/file.

[20] Voir THIEL, *L'Église catholique*, 349-363.

On pourrait exposer de tels actes scandaleux commis par les membres de l'Église dans d'autres pays par exemple : le Chili, l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas, la Belgique[21] ainsi que dans les pays d'Afrique[22]. Mais ces quelques exemples suffissent à montrer l'ampleur et l'étendue desdits crimes au sein de l'Église catholique. Pourquoi est-ce que la réforme du droit pénal canonique en la matière est-elle plus que nécessaire ? Que faut-il entendre exactement par le terme réforme ?

1.2 — Une réforme nécessaire et urgente

En quoi consiste une réforme ? On pourrait *mutatis mutandis* se référer à la définition que donne Nicola Bux lorsqu'il traite de la réforme liturgique : « La réforme consiste à retirer ce qui ne convient pas, afin que la noblesse de la forme apparaisse, et que resplendisse ainsi le visage de l'Église et, avec elle, le visage du Christ »[23]. La réforme de la législation pénale canonique, plus particulièrement celle relative aux abus sexuels, reviendrait ainsi à modifier le « *corpus* » de droit pénal actuel qui encadre ces délits de manière à le rendre plus adéquat, plus précis en y incorporant des lois nouvelles qui incriminent les actes délictuels contemporains. Ceci reviendrait à procéder à une meilleure définition légale du délit, à une spécification de sa sanction, à un meilleur encadrement juridique des droits de la défense. La qualification des faits délictueux sera alors plus aisée et la sanction plus objective et proportionnelle au type de délit. Le fait de reformer le droit de l'Église n'est évidemment pas une démarche nouvelle ou exceptionnelle dans l'Église[24].

La nécessité de réformer le droit pénal afin de mieux répondre au scandale des abus sexuels perpétrés sur des mineurs et des personnes vulnérables ne fait plus aujourd'hui aucun doute. En effet, depuis 2010, le Conseil Pontifical pour les Textes Législatifs (CPTL) a annoncé le projet de la réforme du droit pénal canonique. Nous sommes rendus aujourd'hui à plusieurs « drafts »

[21] Voir THIEL, *L'Église catholique*, 333; 371-386.

[22] Pour une littérature sur la perception de l'enfant dans la culture africaine, voir A.E. OROBATOR, « Between Ecclesiology and Ethics: Promoting a Culture of Protection and Care in Church and Society », dans *Theological Studies*, 80 (2019), 901-906.

[23] N. BUX, *La réforme de Benoît XVI : La liturgie entre innovation et tradition*, Paris, Éditions Tempora, 2009, 67.

[24] Voir P.-Y. CONDÉ, « La réforme du Code de Droit Canonique et la refondation d'une régulation juridique dans l'Église catholique romaine (1959-1983) : le cas du droit pénal canonique », dans *Terrains & travaux*, 6 (2004), 139-158. L'auteur, reprenant Jean XXIII au Concile Vatican II, souligne à la page 141 le terme « aggiornamento » du droit canonique.

dudit projet[25]. L'Église perçoit avec clarté que sa crédibilité dans l'annonce du message évangélique dépend de son engagement à assurer avec transparence, la protection des personnes mineures et vulnérables. Elle comprend davantage que pour regagner la confiance de ses fidèles et de la société, elle doit, à la vue de la recrudescence de tels crimes en son sein; non seulement prendre des mesures nouvelles qui garantissent le meilleur intérêt des mineurs et des personnes vulnérables, mais aussi rendre compte de leur mise en œuvre réelle. Déjà dans le passé, l'Église a eu à réprimer de tels agissements.

2 — *La législation antérieure et postérieure au CIC/17*

Contrairement à une certaine tolérance présente dans la société grecque et dans les Empires romains, la tradition judéo-chrétienne a toujours condamné et perçu les abus sexuels sur des enfants comme un péché grave. Brendan Daly rappelle fort à propos que l'enseignement de l'Église en ce qui concerne les crimes sexuels envers les personnes mineures est vieux de plusieurs siècles[26]. Aussi, la Didachè du deuxième siècle exigeait aux chrétiens de ne pas assassiner; de ne pas commettre d'adultère; de ne pas pratiquer la pédérastie, de ne pas forniquer[27]. De même Polycarpe, le deuxième évêque de Smyrne, dans sa lettre aux Philippiens (c. 69-155 AD), demandait aux jeunes hommes d'être irréprochables en toutes choses, de se soucier de la pureté avant tout et de se préserver de toute prostitution ainsi que de toute souillure avec des hommes et des garçons afin d'hériter du Royaume de Dieu[28].

Athénagoras d'Athènes (c. 133-190 AD) était un apologiste et un penseur chrétien important au deuxième siècle. Dans son plaidoyer pour les chrétiens, au chapitre XXXIV, il défendu le concept chrétien de pureté et décrivit les pédérastes comme des ennemis de l'Église. En outre, le livre 17, chapitre 35 de la *Collectarium canononum* de Burchard au Moyen Âge prévoyait des punitions sévères (prison, perte de la tonsure) pour le clerc ou le moine

[25] Voir J.L. Sánchez-Girón Renedo, « Nouvos desarrollos en el proyecto de reforma del derecho canónico penal », dans *REDCI*, 76 (2019), 271-314.

[26] B. Daly, « The Instruction *Crimen sollicitationis* on the Crime of Solicitation: Confusion or Cover-up of Paedophilia? », dans *The Canonist*, 7 (2016), 17 (= Daly, « The Instruction *Crimen sollicitationis* »).

[27] Voir A. Milavec, *The Didache: Text, Translation, Analysis and Commentary*, Collegeville, Liturgical Press, 2003, 54.

[28] Voir C.J. Scicluna, « Sexual Abuse of Children and Young People by Priests and Religious: Description of the Problem by a Church Perspective », dans R.K. Hanson et al. (dirs.), *Sexual Abuse in the Catholic Church: Scientific and Legal Perspectives*, Cité du Vatican, LEV, 2003, 14.

coupable d'attitudes indécentes avec un jeune garçon ou des adolescents. Ce décret stipulait déjà que le clerc ou le moine coupable ne devait plus être autorisé à avoir des causeries privées avec les jeunes[29].

2.1 — Le synode d'Elvire du 4ème siècle et le concile de Trente

Une allusion aux abus sur les enfants se trouve déjà au synode d'Elvire (AD 305-306) lorsque par le c. 71, l'accès à la communion est interdit aux « *stupratoribus puerorum* »[30]. L'expression « *nec in finem* » contenue dans ce canon suggère l'idée de la permanence de l'excommunication comme pour marquer la désapprobation complète à ce type d'actes sur des enfants. Bien que le Concile de Trente ne soit pas entré dans les détails des différents types de délits sexuels, sa session 21, *De ref.*, Canon VI fit référence à un style de vie dépravée, scandaleuse et honteuse[31]. On peut en déduire que les abus sexuels sur des mineurs sont couverts par cette norme.

Loppacher souligne le fait que, jusqu'à la codification de 1917, le droit pénal canonique était, d'une part, constitué des lois pénales dispersées dans le *Corpus Iuris Canonici*, et d'autre part, d'une étude de cas basée sur les précédents des décrétales et sur la jurisprudence des affaires similaires résolues dans le passé[32]. Dans la pratique judiciaire d'alors, il fallait recourir à des lois dispersées dans le *Corpus*, partiellement abrogées, dérogées ou tombées en désuétude[33]. Une des lois pénales fut la Constitution *Sacramentum Poenitentiae* de Benoît XIV.

29 Voir Burchard de Worms, *Decretum*, Liber Decimus Septimus, Cap. 35. Cité par J.P. Migne (dir.), *Patrologiae*, Paris, 1853, vol. 140.

30 Voir c. 71 du Synode d'Elvire : « Stupratoribus puerorum nec in finem dandam esse communionem ». Cité en *appendix* par A.W. Dale Winterslow, *The Synod of Elvira and Christian Life in the Fourth Century: a Historical Essay*, London, Macmillan, 1882, 336. Voir pour la traduction anglaise, S. Laeuchli, *Power and Sexuality; the Emergence of Canon Law at the Synod of Elvira*, Philadelphia, Temple University Press, 1972, 134: « Men who sexually abuse boys shall not be given communion even at the end ».

31 Voir H.J. Schroeder, *Canon and Decrees of the Council of Trent*, Saint Louis, Herder, 1941, 139-140.

32 Voir S. Loppacher, Processo penale canonico e abuso sessuale su minori : un'analisi dei recenti sviluppi normativi intorna al «delictum contra sextum cum minore» alla luce degli elementi essenziali di un guisto processo, Thèse de doctorat, Pontificia Università della Santa Croce, 2017, 3 (= Loppacher, Processo penale canonico); T.J. Aliste Santos, « Relevancia del derecho canónico en la formación de los sistemas procesales de civil law y common law », dans *IE*, 28 (2016), 263-284.

33 Voir V. De Paolis, « Attualità del diritto penale della Chieza », dans Associazione Canonistica Italiana (dir.), *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Studi Giuridici 96, Cité du Vatican, LEV, 2012, 15.

2.2 — La Constitution *Sacramentum Poenitentiae* (1741)

La Constitution *Sacramentum Poenitentiae* de juin 1741[34] traita du délit de sollicitation en confession, du délit d'absolution sacramentelle de « personae complicis in peccato turpi, atque inhonesto, contra sextum Decalogi praecetum commisso »[35], ainsi que de la fausse dénonciation. En 1867, le Saint-Office publia une instruction sur la manière de procéder en cas de sollicitation. Il y fut réaffirmé la continuité avec la Constitution apostolique de Benoît XIV[36]. Vers la fin du 19e siècle, la Sacrée Congrégation du Saint-Office publia deux autres instructions visant à faire observer la Constitution *Sacramentum Poenitentiae :* celle de 1890[37] qui contient le schéma d'un interrogatoire plus extensif pour l'examen du pénitent par rapport à la version de 1867 et celle de 1897, qui se référant au n° 10 de l'Instruction de 1867, établit qu'avant de poursuivre la personne dénoncée, il est nécessaire d'enquêter sur la bonne réputation et la crédibilité du plaignant[38].

2.3 — Le Code de droit canonique de 1917

La codification de 1917 est déjà un effort louable d'organisation et de systématisation en matière pénale et procédurale[39]. L'abus sexuel d'un mineur est mentionné explicitement pour la première fois dans le c. 2359 § 2. Ainsi selon c. 2359 § 2 les clercs, qui se seraient rendus coupables d'un délit contre le sixième commandement avec des mineurs de moins de seize ans, ou qui seraient coupables d'adultère, de viol, de bestialité, de sodomie, d'excitation à la prostitution ou d'inceste avec ses consanguins ou alliés au premier degré, doivent être suspendus, déclarés infâmes, privés de tout office, bénéfice, dignité ou charge qu'ils pourraient avoir, et dans les cas les plus

[34] Benoît XIV, Constitution apostolique *Sacramentum Poenitentiae,* dans *Bullarium. In quo continentur Costitutiones, Epistolae, aliaquae edita ab initio pontificates usque ad annum MDCCXLVI, I-1, 1er juin 1741*, 101-107 (= Benoît XIV, *Sacramentum Poenitentiae*).

[35] Benoît XIV, Constitution apostolique *Sacramentum Poenitentiae*, § 4.

[36] Voir Congregatio Romanae et Universalis Inquisitionis, Instructio circa obsevantiam Constitutionis Benedicti XIV quae incipit « Sacramentum Poenitentia », dans *AAS*, 3 (1867), 500.

[37] Voir Suprema Congregatio Sancti Officii, Normae pro examinibus poenitentum, quae denuntiant sollicitantes, 20 Juillet 1890, dans *AAS*, 25 (1892-93), 451-454.

[38] Voir Suprema Congregatio Sancti Officii, Istructio quod sedulam curam adhibendam in causis sollicitationis, 6 août 1897, dans *AAS*, 30 (1897-98), 249.

[39] *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, Typis polyglottis Vaticanis, 1917. Pour la traduction française du Code de 1917, nous utiliserons, à moins qu'il ne soit indiqué autrement, l'œuvre de R. Naz, *Traité de droit canonique*, 2e éd. rév., Paris, Letouzey et Ané, 1955, 4 vol. en 3 (= Naz, *Traité de droit canonique*).

graves ils doivent être déposés[40]. On reconnaît dans ce canon la formule classique « *delictum contra sextum decalogi praeceptum* » qui a cet « avantage » de faire entrer dans la catégorie de ce délit toute action immorale dans le domaine sexuel impliquant un mineur de moins de seize ans, sans avoir à prévoir et à énumérer toutes les « *fattispecie* » punissables[41].

Contrairement au *CIC*/83, le c. 2357 § 1 du *CIC*/17 prévoyait une peine pour des fidèles laïcs qui se seraient rendus coupables des délits abominables contre le sixième commandement commis avec des mineurs de moins de seize ans. Ou auraient été coupables de viol, de sodomie, d'inceste, d'excitation à la prostitution. Ils étaient infâmes par le fait même, en plus, au jugement de l'Ordinaire, des peines supplémentaires pouvaient leur être infligées. Par ailleurs le c. 2363 du *CIC*/17 punissait d'excommunication *latae sententiae* réservée au Siège Apostolique quiconque aurait faussement dénoncé un ecclésiastique pour sollicitation. Du point de vue de la procédure pénale, le c. 247 du *CIC*/17 posa les bases du développement futur de la juridiction pénale du Saint-Office pour certains délits réservés dits plus graves contre la foi, la morale et ceux commis dans la célébration des sacrements. Ainsi à la différence des autres tribunaux qui étaient soumis aux règles énoncées dans le livre IV sur le procès, le tribunal du Saint-Office pourrait suivre ses propres règles dans les affaires à elle réservées (c. 1555 §§ 1-2 *CIC*/17). Après la promulgation du *CIC*/17, les délits réservés (« *delictis quae sibimet reservantur* ») et lesdites normes procédurales propres au Saint-Office n'étaient identifiables qu'à travers la propre pratique de la congrégation[42]. L'instruction *Crimen sollicitationis* de 1922 spécifia ces normes procédurales propres à la congrégation et défini explicitement certains des delits qui lui étaient réservés[43].

2.4 — L'instruction *Crimen sollicitationis* (1922)

L'Instruction *Crimen sollicitationis* de 1922 fut actualisée le 16 mars 1962 afin d'inclure des références aux religieux. Elle n'est pas en tant que tel une

40 Voir *CIC*/17, c. 2359 § 2 : « Si delictum admiserint contra sextum decalogi praeceptum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum, vel adulterium, stuprum, bestialitatem, sodomiam, lenocinium, incestum cum consanguinis aut afinibus in primo gradu exercuerint, suspendantur, infames declarentur, quolibet officio, beneficio, dignitate, munere, si quod habeant, priventur, et in casibus gravioribus deponantur ».

41 Voir LOPPACHER, Processo penale canonico, 8.

42 Voir B.E. FERME, « Graviora delicta: the Apostolic Letter M.P. Sacramentorum Santitatis Tutela », dans Z. SUCHECKI (dir.), *Il processo pénale canonico*, Rome, Pontificia Università lateranense, 2003, 368.

43 Voir LOPPACHER, Processo penale canonico, 9.

instruction sur les abus sexuels des mineurs car elle traite principalement du délit de sollicitation au confessionnal. Toutefois, les normes de cette instruction ont eu des conséquences juridiques profondes sur les délits sexuels commis sur des personnes mineures. Le n° 73 de l'Instruction *Crimen sollicitationis* équipare le délit de pédophilie et de zoophilie au *crimen pessimum*[44]. Ce dernier était entendu comme le grave péché extérieur et obscène perpétré ou attenté par un clerc avec une personne de même sexe[45]. La congrégation du Saint-Office était compétente pour juger de tels délits.

Par le mot « impubère », il fallait entendre, aux termes du c. 88 §2 *CIC*/17, le mineur homme de moins de quatorze ans et la femme de moins de douze ans. Considérant les nn. 71 et 73 de l'Instruction *Crimen sollicitationis*, le clerc qui abusait du mineur homme de moins de quatorze ans commettait en réalité un double délit : celui d'un acte obscène externe commis ou tenté avec une autre personne du même sexe quel que soit son âge, ainsi que le délit « *cum impuberitus cuiusque sexus* »[46]. À partir de 1922 aussi bien les délits de sollicitation en confession que ceux des abus sexuels commis par des clercs sur des personnes mineures de moins de quatorze ans (garçon) et moins de douze ans (fille) furent réservés à la Congrégation du

44 Suprème congrégation du Saint-Office, Instruction *Crimen sollicitationis*, 16 mars 1962, Cité du Vatican, Typis Polygolottis Vaticanis, 1962, 204-206, n° 72 : « Quae de, crimine sollicitationis statua sunt, valeant quoque mutatis tantum pro rei natura necessario mutandis, pro *crimine pessimo* […] ». N° 73 : « Crimini, pessimo pro effectibus poenalibus, aequiparatur quodvis obscenum factum externum, graviter peccaminosum, quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum impuberibus cuiusque sexus vel cum brutis animantibus ». Cette instruction reprend avec des ajouts l'instruction *Pagella* de juin 1922, produite par la même congrégation du Saint-Office.

45 Voir Suprème congrégation du Saint-Office, Instruction *De modo procedendi in causis sollicitationis*, 9 juin 1922, Cité du Vatican, Typis Polygolottis Vaticanis, 1922, nº 71 : « Nomine criminis pessimi heic intelligitur quodcumque obscoenum factum externum graviter peccaminosum, quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona proprii sexus ». Id., Instruction *Crimen sollicitationis*, 16 mars 1962, Cité du Vatican, Typis Polygolottis Vaticanis, 1962, 204-206, nº 73. L'instruction *De modo procedendi in causis sollicitationis* (*Crimen sollicitationis*) de 1922 retraça la procédure à suivre dans des cas de sollicitation. Bien qu'approuvée en forme spécifique par le pape Pie XI et imprimée, elle ne fût pas promulguée dans les *Acta Apostolicae Sedis*. Elle fût remise aux Ordinaires, Évêques et Patriarches et conservée dans les archives secrètes de la Curie. La même congrégation du Saint-Office édicta la deuxième version approuvée par le pape Jean XXIII en 1962 et y inclût les prêtres religieux sans autre changement majeur. De nouveau l'instruction devait être réservée à l'usage interne, ne faire l'objet d'aucune publication ni de commentaire canonique. Voir Daly, « The Instruction *Crimen sollicitationis* », 14-18. Voir aussi A. Yanguas, « De criminis pessimo et de comptetentia Sti Officii relate ad illud », dans *REDC*, 1 (1946), 428 (= Yanguas, « De criminis pessimo »).

46 Voir Loppacher, Processo penale canonico, 285-366.

Saint Office[47]. On pourrait observer avec Mullaney que l'Église, en incluant le crime d'abus sexuel sur des mineurs dans les instructions de 1922 et 1962, a voulu le poursuivre et le punir avec la même insistance que pour le délit de sollicitation[48]. Malheureusement, le fait que cette instruction ait été gardée secrète fit qu'elle a été fréquemment ignorée et non appliquée.

3 — *Le CIC/83 et les abus sexuels sur des personnes mineures*

Il convient d'exposer les dispositions du c. 1395 § 2 *CIC*/83 sur le délit des abus sexuels sur des mineurs sans omettre son délai de prescription du c. 1362.

3.1 — La figure des délits du c. 1395 § 2

Le c. 1395, § 2 peut être considéré comme le lieu où le codificateur de 1983 légifère sur des abus sexuels commis sur des mineurs[49]. En effet, le c. 1395 § 2 traite de tous les autres cas de violation du sixième commandement[50] commis soit avec violence (tel par exemple le viol); soit par menace (telle la menace de renvoi d'une institution si la personne ne consent pas à l'acte charnel); soit publiquement (dans une église, un cinéma, ou tout autre

47 Voir Yanguas, « De criminis pessimo », 429.

48 Voir. M. Mullaney, « Gravior delicta: The Duty to Report Clerical Sexual Abuse to the Congregation for the Doctrine of the Faith », dans *Irish Theological Quarterly*, 68 (2003), 291-295.

49 Voir G. Mwanza Pindi, *Protection de l'enfance contre les délits sexuels dans l'Église*, Paris, Éditions l'Harmattan, 2013, 32 (= Mwanza, *Protection de l'enfance*). Pour une analyse du c. 1395 § 2 à partir des principes écclésiologiques et anthropologiques, voir M. Gidi, « Lo statuto penale del minore nel can. 1395, § 2 : Analisi critica alla luce dei presupposti dottrinali della teoria penale del bene giuridico », dans *Periodica*, 108 (2019), 1-33.

50 Pour Borras, le c. 1395 § 2 traite de « toute faute contre le sixième commandement qui ne réunit pas les caractéristiques des deux premiers délits du canon 1394 § 1, par exemple la persistance dans le scandale mais qui a été commis par violence ou avec menace ou bien publiquement, ou encore à l'égard d'un mineur de moins de seize ans ». Voir Borras, *Les sanctions dans l'Église*, 193. De Paolis s'oppose à cette interprétation car selon lui, il ne peut s'agir des exemples d'une série de délits qui violent tous le sixième commandement. Puisque nous sommes en matière pénale, chaque délit doit être configuré de manière précise avec sa peine. De plus, affirme-t-il, le droit pénal est sujet à une interprétation stricte (c. 18) qui n'admet pas l'analogie ou la comparaison des cas (c. 19). Voir V. De Paolis, « Delitti contro il sesto comandamento », dans *Periodica*, 82 (1993), 306, note 26 (= De Paolis, « Delitti contro il sesto comandamento »).

lieu public)[51]; soit enfin avec un mineur de moins de seize ans. Le c. 1395 § 2 a pour source le c. 2359 § 2[52] du *CIC*/17. Les commentateurs, s'appuyant sur certaines décisions et notamment celle de la Sacrée Congrégation pour le Concile de 1726[53] où un prêtre fut condamné pour sodomie sur jeunes garçons (*pueri*), interprétaient le péché contre le sixième commandement comme incluant les abus sur des jeunes garçons ou sur des mineurs[54]. Ayrinhac et Lydon font ce même lien entre la violation du sixième commandement du Décalogue et des actes sexuels sur mineurs de moins de seize ans[55].

Pour ce qui est des auteurs des délits contre les mœurs et leurs sanctions dans le *CIC*/83, le c. 1395 emploie le terme « clericus ». On comprend pourquoi, pour De Paolis, les cas délictueux du c. 1395 concernent seulement les violations commises par les clercs à l'exclusion des co-délinquants ou des coopérateurs[56]. Aussi doivent être exclus du c. 1395 les religieux non-

[51] Voir De Paolis, « Delitti contro il sesto comandamento », 307-308. L'auteur note qu'il existe une distinction entre un délit public et un délit commis publiquement au sens du c. 1395 § 2. En effet, un délit commis dans le secret et dans un lieu occulte peut devenir par la force des circonstances public. De même, un délit commis dans un lieu public pourrait demeurer occulte si personne ne voyait ou si ceux qui voyaient demeuraient discrets. Le c. 1395 § 2 semble mettre l'accent sur le lieu public. Il s'ensuit que le terme « publiquement » vaudrait dire en un lieu public même dans l'hypothèse où le délit n'est vu par personne. Le délit commis dans un lieu public serait donc aussi public au sens du c. 1395 § 2. Voir aussi L. Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico: commento giuridico-pastorale*, 3 éd., vol. 2, Bologna, Edizioni Dehoniane, 2011, 728 (= Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico*, vol. 2).

[52] Voir *CIC*/17, c. 2359 § 2: « Si delictum admiserint contra sextum decalogi praeceptum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum, vel adulterium, stuprum, bestialitatem, sodomiam, lenocinium, incestum cum consanguinis aut afinibus in primo gradu exercuerint, suspendantur, infames declarentur, quolibet officio, beneficio, dignitate, munere, si quod habeant, priventur, et in casibus gravioribus deponantur ».

[53] Sacrée Congrégation pour le Concile (S.C.C.), coram Lavellana seu Romana, 8 juin et 6 juillet 1726, dans P. Gasparri, *Codicis iuris canonici fontes*, V, Rome, Typis polyglottis vaticanis, 1926-1939, 763-764.

[54] Voir J.H. Provost, « Offenses against the Sixth Commandment: Towards a Canonical Interpretation of Canon 1395 », dans *Jur*, 55 (1995), 637, 644 et 650.

[55] Voir Ayrinhac, *Penal Legislation in the New Code*, 253: « Offenses against the sixth commandment committed with minors under the age of sixteen, whether the sin be against nature or not, provided it be grave, external, and complete. Rape in the strict sense, implying violence and injustice ».

[56] Voir De Paolis, « Delitti contro il sesto comandamento », 298, note 6 : « Non si può pertanto dire che rei delle diverse figure di delitti di cui nel canone sono anche i cooperatori necessari, in forza del can. 1329, come fa per es. L. Chiappetta, […] Neppure sono inclusi i religiosi, che non siano chierici : il testo parla solo dei chierici ! Le leggi penale vanno intese in senso stretto (cf. can. 19) ».

clercs[57]. Toutefois, même si le c. 1395 traite seulement des clercs, cela ne revient pas à dire que le législateur de 1983 ne prend pas en considération les mêmes faits « délictueux »[58] commis par des religieux et autres consacrés non-clercs. Le c. 695 § 1[59] traite, entre autres, de la violation par des religieux du c. 1395 et surtout des actes sexuels sur des mineurs du c. 1395 § 2. Également, le c. 729 renvoie aux mêmes violations du c. 695 pour les membres des instituts séculiers. Aussi, pour les membres des sociétés de vie apostolique, s'applique le c. 746 qui renvoie aux cc. 694 à 704. C'est en ce sens que pour Scicluna, en considération de la gravité de ces délits sexuels, bien que la loi n'évoque que les clercs, aucune distinction ne devrait être faite entre les clercs et les religieux non-clercs[60]. Comme nous le verrons plus loin, le motu proprio *Vos estis lux mundi* fera désormais des religieux non-clercs des possibles auteurs de ce délit.

57 Voir T.J. GREEN, « Penalties for Individual Delicts », commentaire du c. 1395, dans *CLSA Comm2*, 1599, note 287 (= GREEN « Penalties for Individual Delicts »): « Unlike c. 1394, § 2, which also dealt with non-clerical religious, the present canon deals solely with clerics, secular and 'religious' of all types ».

58 Voir G. MATTIA, « Offenses against Special Obligations », commentaire du c. 1395, dans *Exegetical Comm*, vol. 4, 546 : « Religious are also included in this precept by virtue of c. 695, § 1, which contains an express reference to c. 1395 ». Par contre, De Paolis pense qu'on ne peut dire que la violation du sixième précepte du Décalogue prévue comme des délits pour les seuls clercs devienne aussi des délits pour les religieux par la force du c. 695 § 1. Pour lui le texte n'entend pas configurer des délits pour lesquels est prévue la démission obligatoire, mais fait seulement un renvoi au c. 1395. Ainsi, pour le religieux non clerc, la violation du c. 1395 ne serait pas à proprement parler un délit. Voir DE PAOLIS, « Delitti contro il sesto comandamento », 315-316.

59 Voir *CIC*/83, c. 695 § 1 : « Un membre doit être renvoyé pour les délits dont il s'agit aux cann. 1397, 1398 et 1395, à moins que pour les délits dont il s'agit au can. 1395, § 2, le Supérieur n'estime que le renvoi n'est pas absolument nécessaire et qu'il y a moyen de pourvoir autrement et suffisamment à l'amendement du membre ainsi qu'au rétablissement de la justice et à la réparation du scandale ».

60 Voir SCICLUNA, « Sexual Abuse of Children », 20 : « The laws mentioned only clerics but this obviously includes religious who are in Holy Orders, whether they be deacons or priests. The question of including religious who are not clerics under the law is at the moment under discussion. I personally think that in such grave matters no distinction should be made ». Toutefois, à l'état actuel de la législation canonique, il convient de souligner, afin d'éviter toute confusion, que le régime de prescription des délits visés au c. 695 § 1, si l'on doit s'en tenir à l'interprétation stricte exigée en matière pénale (c. 18), ne peut être semblable à celui du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001 et de sa version révisée de 2010. Comme nous l'avons montré, le c. 695 traite des religieux alors que la *SST* et le c. 1395 visent les clercs. Il y aurait là une différence de temps de prescription pour les mêmes faits selon que l'on est un religieux ou un clerc. Il se pose là un problème de justice qui mérite d'être étudié dans le cadre d'une recherche ultérieure.

Pour les autres délits contre le sixième commandement associés à des circonstances aggravantes et notamment les délits sexuels commis sur un mineur de moins de seize ans du c. 1395 § 1**,** les peines sont, pour le clerc, selon la gravité du délit, des peines obligatoires *ferendæ sententiæ* indéterminées, jusqu'au renvoi de l'état clérical. En effet, le législateur utilise l'expression « *iustis pœnis* […] *si casus ferat* ». Il supprime la liste des sanctions énumérées au c. 2359 § 2 du *CIC*/17 tout en maintenant l'âge de seize ans. La norme semble alors perdre de sa rigueur et de sa sévérité si on perd de vue que l'expression « justes peines » vise à laisser le juge ou le supérieur choisir, parmi la palette des peines canoniques prévues, la peine convenable à la gravité du cas[61]. L'application de la peine, conformément au c. 1341, est graduelle. Cela implique que le renvoi immédiat du clerc de l'état clérical n'est envisagé que comme dernière étape (c. 1336)[62].

3.2 — La prescription des délits sexuels sur mineurs

Le c. 1362 § 1, 2° du *CIC*/83, qui correspond au c. 1152 § 2 *CCEO*, dispose que l'action criminelle pour les délits du c. 1395 est éteinte au bout de cinq ans. Autrement dit, après cinq années, les délits du sixième commandement commis à l'encontre d'un mineur de moins de seize ans sont prescrits. Ce délai commence à courir du jour où le délit a été commis, ou bien si le délit est permanent ou habituel, du jour où il a cessé (cc. 1362 § 2 *CIC*/83 et c. 1153 § 1 *CCEO*). Puisque la prescription de l'action pénale se fait dans les mêmes délais que celle de l'action criminelle, si cinq années après, à compter du jour où la sentence de condamnation est passée en force de chose jugée, le décret exécutoire du juge n'est pas notifié au condamné, l'action exécutoire de la peine est aussi éteinte par prescription (c. 1363 § 1)[63]. Toutefois, si après la sentence ou le décret de condamnation, la personne reconnue coupable de délits sexuels sur un mineur fait appel ou fait un recours contre cette décision, alors l'exécution de la peine est suspendue selon les normes des cc. 1353; 1736 § 1 du *CIC*/83 et 1471 § 1;

61 Voir Mwanza, *Protection de l'enfance*, 32-33 et 37. On se rend tout de même compte que l'actuel Code, promulgué au début des années 1980, n'était pas encore au fait de l'émergence et de la complexité du scandale des abus sexuels perpétrés par des clercs sur des mineurs. Voir Green, « Penalties for Individual Delicts », 1600, note 295.

62 Voir F.G. Morrisey, « Addressing the Issue of Clergy Abuse », dans *StC*, 35 (2001), 414 (= Morrisey, « Addressing the Issue of Clergy Abuse »); Id., « The Pastoral and Juridical Dimension of Dismissal from the Clerical State and other Penalties for Acts of Sexual Misconduct», dans *CLSAP*, 53 (1991), 221-227 (= Morrisey, « The Pastoral and Juridical Dimension »).

63 Voir V. Nkouaya Mbandji, *La prescription canonique des délits sexuels sur des personnes mineures*, Paris, Artège Lethielleux, 1998, 141-142 (= Nkouaya Mbandji, *La prescription canonique*).

1487 §2; et 1000 *CCEO*. Par ailleurs, le c. 1344 du *CIC*/83 donne la liberté au juge de suspendre ou de ne pas appliquer une peine prenant ainsi en compte une éventuelle punition infligée par l'autorité civile (c. 1344 §2).

Outre l'effet suspensif de l'appel, le mécanisme de la suspension arrête l'écoulement du délai de prescription qui recommence à courir après l'évènement suspensif alors que celui de l'interruption fait recommencer la prescription au début : « *Interruptio ad nihilum redigit praescriptionem* »[64]. Toutefois, la normative du c. 1363 du *CIC*/83 n'est pas applicable aux délits sexuels commis sur des mineurs, car ces délits sont maintenant de la compétence de la CDF, et comme nous le verrons par la suite, leur répression suit des normes propres à ladite Congrégation pour qui la suspension et l'interruption de la prescription ne seraient pratiquement pas prévues pour ces délits dits « les plus graves »[65].

De plus, on ne peut pas ne pas remarquer que le c. 1362 §1, 1°, traitant de la prescription criminelle, fait mention de « délits réservés à la Congrégation pour la Doctrine de la Foi » (« *de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis* »). Le *CCEO* va dans le même sens que le c. 1152 §2, 1° avec l'expression « *de delictis Sedi Apostolicae reservatis* » même s'il ne nomme pas la Congrégation à laquelle les délits sont réservés. Toutefois, aucun des deux codes ne dit avec précision quels sont les délits réservés et n'en fait pas mention[66]. Même si pour le c. 247 §2 du *CIC*/17[67], la Congrégation du Saint Office jugeait

[64] Voir M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici de iudiciis ecclesiasticis in scholis Pont. Sem. Rom. habitae*, vol. 4, Rome, Typis Vaticanis, 1901, 261 (= LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici*).

[65] Voir, J. LLOBELL, « Sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione dell'azione penale », dans *IE*, 25 (2013), 656 (= LLOBELL, « Sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione »): « Anzi, per questi delitti il problema dell'interruzione o della sospensione della prescrizione dell'azione penale è stata praticamente eliminato con la concessione alla Congregazione per la Doctrina della Fede facoltà di derogare, *ad casum* e con effetto retroattivo, la prescrizione dell'azione penale […] anche riguardo ai delicta graviora è prevista la non interruzione o suspensione della prescrizione dell'azione penale giacche la *lex propria* non modifica sul punto le legge dei codici ». L'auteur utilise dans son article le terme « prescrizione penale » pour désigner la prescription criminelle du c. 1362 § 1 et le terme « prescriptio ad poenam exsequendam » pour designer la prescription de la peine du c. 1363 § 1.

[66] Voir V. DE PAOLIS, « Norme *De gravioribus delictis* riservati alla Congregazione per la Dottrina della fede », dans *Periodica*, 91 (2002), 283-284 (= DE PAOLIS, « Norme De gravioribus delictis riservatis ») : « […] di delitti *Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis* […] Ma in nessuno dei due codici si dice quali sono tali delitti; per di più negli stessi due codici non si fa più menzione di essi ».

[67] Voir *CIC*/17, c. 247 §2: « Iudicat de iis delictis quae sibimet secundum propriam eiusdem legem reservantur, cum potestate has criminales causas videndi non solum in gradu appellationis a tribunali Ordinarii loci, sed etiam in prima instantia, si directe ad ipsam delatae fuerint ».

de certains délits réservés selon sa loi propre, on ne pouvait dire, même après ce Code, quels étaient concrètement les délits que la Congrégation s'était réservés. Ces délits ne pouvaient être connus que par la pratique de la Congrégation elle-même[68]. Les normes du *CIC*/83 en matière d'abus sexuels ont fait l'objet d'un certain nombre de modifications. D'abord par le pape Jean Paul II.

4 — *Les changements opérés par le pape Jean-Paul II*

L'inadéquation de certains aspects du *CIC*/83 en ce qui concerne les délits contre le sixième commandement du Décalogue commis sur des mineurs fut visible lors de la gestion des cas d'abus sexuels aux États-Unis d'Amérique. Des normes exceptionnelles furent alors nécessaires.

4.1 — Les exceptions prévues aux États-Unis (1994)

C'est après la promulgation du *CIC*/83 qu'on assista en Amérique du Nord à une vague de révélations publiques, grandement médiatisées de cas d'abus sexuels perpétrés sur des mineurs par le clergé. Bien que pris par la panique générale à l'annonce des premiers cas d'abus sexuels[69], les évêques se rendirent compte que la législation canonique en vigueur n'était pas adaptée à la nouvelle situation. Cette législation n'était pas conçue dans la perspective de la responsabilité criminelle et civile[70]. Aussi, beaucoup d'évêques trouvèrent compliqué sinon difficile d'utiliser les normes et procédures canoniques en vigueur. Aussi, ils ne se risquèrent pas à faire usage des prévisions du droit pénal existant[71]. Une des réformes nécessaires touchait à l'âge de la victime.

4.1.1 — *L'âge de la victime*

C'est à l'issue de plusieurs réunions entre la Conférence nationale des Evêques catholiques des États-Unis et le Saint-Siège[72] que les évêques

68 Voir De Paolis, « Norme De gravioribus delictis riservatis », 285.

69 Voir Morrisey, « Addressing the Issue of Clergy Abuse », 408.

70 Voir Id., « The Pastoral and Juridical Dimension », 224.

71 Voir B. Daly, *Canon Law in Action*, Strathfield, St Pauls, 2015, 212: « The law was inadequate to deal with the new scenario. Many bishops thought that using the canonical law and process was too complicated and difficult, so they made no attempt to use the provisions of penal law that existed ».

72 Voir J.A. Alesandro, « Dismissal from the Clerical State in Cases of Sexual Misconduct: Recent Derogation », dans *CLSAP*, 56 (1994), 28-40 (= Alesandro, « Dismissal from the Clerical State »).

américains obtinrent par rescrit la dérogation au c. 1362 § 1, 2° du *CIC*/83[73]. Ces multiples réunions qui durèrent des années peuvent se justifier par le souci de produire des normes qui à la fois feraient justice aux victimes tout en protégeant les droits des accusés. La dérogation qui fut promulguée le 25 avril 1994 s'appliquait seulement aux délits sexuels commis par les clercs avec un mineur et non aux autres délits du c. 1395[74]. D'abord valable pour une période de cinq ans, elle fut prolongée par Jean-Paul II jusqu'au 25 avril 2009[75]. Des deux dérogations qui furent accordées par ce rescrit, la première toucha le c. 1395 § 2 *CIC*/83. Ce canon fut dès lors applicable pour les États-Unis, en dérogation au droit universel, aux délits commis avec tout mineur de moins de dix-huit ans tel que défini par le c. 97 § 1 et non pas seulement avec un « mineur de moins de seize ans ».

Cette dérogation de l'âge de la victime par le Saint-Siège allait dans la droite ligne des propositions faites par le comité des affaires canoniques et adoptées en novembre 1993 par la conférence nationale des évêques catholiques des USA (NCCB). L'âge de seize ans fut en effet perçu comme minimaliste dans certains États dont les différents codes criminels mentionnaient des âges supérieurs à seize ans. Même si les évêques constatèrent qu'il n'existait pas une homogénéité quant à l'âge de consentir aux rapports sexuels dans tous les États américains, ils prirent l'option traditionnelle canonique de l'âge du mineur de dix-huit ans du c. 97 § 1[76] comme l'âge en dessous de laquelle une personne est mineur. Puisque l'âge est un élément du délit en soi, la dérogation vaut pour l'avenir et ne saurait être rétroactive[77] conformément au

[73] Voir SECRÉTARIAT D'ÉTAT, *Rescrit ex audientia Sanctissimi*, 25 avril 1994, dans *CLD*, vol. 13, 608-609; SECRÉTARIAT D'ÉTAT, *Rescrit ex audientia Sanctissimi*, 25 avril 1994, dans *RR 1994*, 20-21; SECRÉTARIAT D'ÉTAT, *Rescrit ex audientia Sanctissimi*, 25 avril 1994, dans *IE*, 8 (1996), 193. Voir aussi WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process*, 270-271.

[74] Voir ALESANDRO, « Dismissal from the Clerical State », 28.

[75] Voir SECRÉTARIAT D'ÉTAT, Lettre de H. Em. Cardinal Sodano, Secrétaire d'État, 4 décembre 1998, dans *StC*, 33 (1999), 211-212.

[76] Voir ALESANDRO, « Dismissal from the Clerical State », 36: « While state criminal codes within the United States vary in the age below which the capacity for consent to sexual acts is presumed to be lacking, it was felt that the canonical element should not be linked to local state legislation and should not vary from state to state. On the other hand, the bishops felt that the traditional limitation of such a delict to those under sixteen years of age set the cut-off at too earlier an age. They concluded that a cleric should be liable for dismissal for committing any sexual act with a young person not yet eighteen, the general canonical age of majority ».

[77] Voir ibid., 36: « Since age is an element of the delict itself, the proposed derogation by the Holy See would be prospective in nature; it could not be retroactive ». Voir aussi NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Canonical Delicts Involving Sexual Misconduct and Dismissal from the Clerical State*, Washington, D.C., USCC, 1995, 39.

principe de la non-rétroactivité de la loi pénale (c. 9)[78]. La deuxième dérogation toucha au délai de prescription de l'action criminelle.

4.1.2 — *Le délai de prescription de l'action criminelle*

Le rescrit du 25 avril 1994 dérogea aux cinq années requises par le c. 1362 § 1, 2° pour la prescription de l'action criminelle du délit visé au c. 1395 § 2. Le rescrit énonça deux conditions à remplir pour l'extinction de l'action criminelle des délits sexuels sur mineurs du c. 1395 § 2. *Primo*, la victime doit avoir vingt-huit ans accomplis. *Secondo*, au moins une année[79] doit s'être écoulée depuis la dénonciation du délit, pourvu que la dénonciation soit faite avant que la victime ait atteint ses vingt-huit ans. En d'autres termes, dix années doivent s'écouler à compter de la majorité de la victime (dix-huit ans). Autrement dit, si un mineur a dix ans au moment du délit, l'action criminelle est prescrite après dix-huit ans en plus d'une extension d'un an si la dénonciation n'est pas faite avant que le mineur ait atteint dix-sept ans[80]. On comprend pourquoi Martens souligne que les commentateurs n'hésitent pas à affirmer que la prescription de dix ans pour les délits sexuels sur des mineurs fut en vigueur aux États-Unis depuis le 25 avril 1994[81]. Cette dérogation en vigueur depuis le 25 avril 1994 ne fut pas rétroactive.

Toutefois, contrairement à la dérogation de l'âge de la victime qui n'était pas rétroactive, les évêques américains avaient demandé que les nouveaux changements opérés sur la période de prescription soient rétroactifs de manière à s'appliquer à tous les procès commencés après son approbation même si les actes qui ont donné cours au délit se sont déroulés avant la date d'approbation desdits changements[82]. Cette requête ne fut pas acceptée par le Saint-Siège. Les changements opérés par le rescrit sur la prescription ne furent donc pas rétroactifs, et s'appliquèrent aux délits commis à partir du 25 avril 1994. Nonobstant cette règle, le Saint-Siège, dans le même rescrit concéda une norme transitoire : pour les délits déjà commis, l'action criminelle n'est pas censée s'éteindre

78 Sur la non-rétroactivité et la loi pénale, voir R. TORFS, « La rétroactivité des peines canoniques », dans *RDC*, 56 (2009), 193-196.

79 La conférence nationale des évêques catholiques des USA avait plutôt demandé en novembre 1993 une période de deux ans qui permettrait aux Ordinaires de faire des enquêtes visées au c. 1717 § 1. Voir ALESANDRO, « Dismissal from the Clerical State », 36.

80 Voir ibid., 38.

81 Voir K. MARTENS, « Les délits les plus graves réservés à la Congrégation pour la doctrine de la foi », dans *RDC*, 56 (2006), 212 (= MARTENS, « Les délits les plus graves »); G. INGELS, « Dismissal from the Clerical State: An Examination of the Penal Process », dans *StC*, 33 (1999), 182-185.

82 Voir ALESANDRO, « Dismissal from the Clerical State », 37.

jusqu'au moment où la victime qui était mineure atteigne ses vingt-trois ans. Un rappel fut aussi fait aux évêques de tenir les procès canoniques dans leur diocèse, l'appel des décisions rendues étant faite à la Rote Romaine. Les recours administratifs étaient entendus par la Congrégation pour le clergé. Le Rescrit de 1994 pour les États-Unis fut étendu à l'Irlande en 1996[83].

C'est avec la promulgation du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de Jean-Paul II en 2001[84] que les délits réservés sont clairement identifiés, concrétisant ainsi le c. 1362 § 1, 1° *CIC*/83[85]. Par le même acte, le dicastère compétent du c. 1152 § 2, 1° du *CCEO* est clarifié. Il convient de saisir la substance de cette lettre apostolique qui modifie la législation en vigueur.

4.2 — *Sacramentum sanctitatis tutela* (2001)

Le pape Jean-Paul II par son motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001[86] mentionne comme délit contre les mœurs « le délit contre le sixième commandement du Décalogue commis par un clerc avec un mineur de moins de 18 ans ». Il utilise ainsi l'expression *passe-partout* couvrant tous les cas de figure du péché sexuel[87] avec un mineur. Même si le *CIC*/83 ne fait pas usage de l'expression « abus sexuels »[88] tout comme le motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001, le *Catéchisme de l'Église catholique*[89] fait de manière explicite référence à l'expression communément utilisée d' « abus sexuels ».

[83] Voir J.A. Renken, « *Normae de gravioribus delictis* : 2010 Revised Version », dans *SCL*, 6 (2010), 80, note 67 (= Renken, « *Normae de gravioribus delictis* »).

[84] Voir Jean-Paul II, Lettre apostolique *motu proprio Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 avril 2001, dans *AAS*, 93 (2001), 737-739, traduction française dans *DC*, 99 (2002), 363-365 (= J.-P. II, *SST*). Les normes en elles-mêmes (substantielles et processuelles) n'ont pas été publiées dans les *AAS*. Mais on les retrouve avec une traduction anglaise non officielle dans l'ouvrage de Woestman, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process*, 303-309.

[85] Voir Martens, « Les délits les plus graves », 203.

[86] Voir Jean-Paul II, Lettre apostolique *motu proprio Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 avril 2001, dans *AAS*, 93 (2001), 737-739, traduction française dans *DC*, 99 (2002), 363-365 (= J.-P. II, *SST*).

[87] Voir J.S. Grabowski, « Clerical Misconduct and Early Traditions regarding the Sixth Commandment », dans *Jur*, 55 (1995), 583.

[88] Voir J.-G. Nadeau, « L'Église catholique canadienne et les abus sexuels », dans C. Ménard et F. Villeneuve (dirs.), *Drames humains et foi chrétienne : approches éthiques et théologiques : actes du congrès 1994 de la Société canadienne de théologie*, Montréal, Fides, 1995, 195.

[89] Voir CECC, *Catéchisme de l'Église catholique*, nº 2389 : « On rattache à l'inceste les abus sexuels perpétrés par des adultes sur des enfants confiés à leur garde. La faute se double alors d'une atteinte scandaleuse portée à l'intégrité physique et morale des jeunes, qui en resteront marqués leur vie durant, et d'une violation de la responsabilité éducative ».

4.2.1 — *L'âge de la personne mineure*

Le motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001 résout une des difficultés déjà mises en exergue par des canonistes : celle de l'âge de la majorité canonique qui n'est nécessairement pas égale à celle communément en pratique dans les législations civiles[90]. En passant de l'âge de moins de seize ans des « impuberi » (c. 1395) à celui de dix-huit ans (c. 97) dans le cas d'abus sexuels sur des mineurs, le législateur canonique rejoint la plupart des systèmes juridiques du monde. Il rejoint particulièrement l'aire géographique des pays occidentaux où les abus sexuels sur des mineurs ont actuellement une forte résonnance contrairement à l'idée premièrement répandue selon laquelle ce phénomène touchait seulement les pays de langue anglaise ou du monde anglo-saxon[91]. Face aux différentes législations des pays occidentaux, la législation canonique en cette matière paraissait alors comme complaisante avec l'âge de seize ans[92]. En étendant l'âge de seize à dix-huit ans, le législateur, fort heureusement, englobe *ipso facto* les cas de pédophilie et d'éphébophilie[93].

4.2.2 — *Le délai de prescription*

Avant la promulgation en 2001 de la lettre apostolique sous forme du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* sur les délits réservés à la CDF, « les auteurs étaient fondamentalement d'accord sur la nature imprescriptible des actions concernant ces délits, et du moins sur une partie des délits qui étaient réservés à la Congrégation, comme, par exemple, des délits contre la foi, et la sollicitation *ad turpia* (à des choses impudiques) »[94]. La nouveauté du document consiste dans le fait que, pour la première fois, le législateur a soumis à une période de prescription, aussi bien criminelle que pénale, les délits réservés à la CDF[95]. Ainsi selon l'art. 5 § 1 du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela*, l'action criminelle contre les délits réservés

90 Voir Morrisey, « Addressing the Issue of Clergy Abuse », 410.

91 Voir ibid., 404; Hanson et al. (dirs.), *Sexual Abuse in the Catholic Church*, 9.

92 Voir V. De Paolis et D. Cito, *Le sanzioni nella Chiesa : Commento al Codice di diritto canonico Libro VI*, Rome, Urbaniana University Press, 2008, 361.

93 Voir C. Papale, *Il processo penale canonico: commento al Codice di diritto canonico, libro VII, parte IV*, 2 éd., Cité du Vatican, Urbaniana University Press, 2012, 224.

94 D. Cito, « La prescription en matière pénale », dans Dugan (dir.), *La procédure pénale et la protection des droits*, 233 (= Cito, « La prescription en matière pénale »).

95 Voir ibid., 233-234. Voir aussi G. Read, « Clerical Sexual Abuse of Minors: Recent Developments », dans CLSGBI *Newsletter*, nº 139 (2004), 25: « […] Mgr Sciluna correctly argues that, for the offences in question, under Canon 1395, § 2, no canonical prescription applied until the promulgation of *Sacramentorum sanctitatis tutela* ».

à la CDF est éteinte par prescription au bout de dix ans. Le législateur leva de ce fait l'indétermination de la période de prescription du c. 1362 § 1, 1° et instaura une période de prescription plus longue que la législation précédente qui prévoyait cinq années (c. 1362 § 1, 2°) pour les délits du c. 1395. Une innovation fut aussi faite au niveau du décompte du temps de prescription du délit contre un mineur.

4.2.3 — *Le point de départ du décompte de la prescription*

Le point de départ des délits contre les mœurs reconnu par le motu proprio de 2001 est bien celui du droit commun, c'est-à-dire qu'il court à partir du jour de la commission du délit ou bien si le délit est permanent ou habituel, du jour où il a cessé (c. 1362 § 2 *CIC*/83; c. 1152 § 3 *CCEO*). Cependant, pour les délits contre les mœurs commis par un clerc contre un mineur, la prescription commence à courir à partir du jour où le mineur a atteint l'âge de dix-huit ans[96]. Le temps de prescription devient alors plus long au profit du mineur qui peut faire initier l'action criminelle une fois la majorité atteinte. Désormais, le délit contre les mœurs suppose que la victime soit âgée de moins de dix-huit ans et non plus seize ans comme le prévoyait le *CIC*/83[97]. En d'autres termes « ce dernier peut saisir le tribunal ecclésiastique jusqu'à la veille de ses vingt-neuf ans »[98]. La *mens legislatoris* ici est donc d'étendre le temps de l'action criminelle pour de tels délits sur des mineurs.

4.3 — Le Discours du pape Jean Paul (2002)

Dans son Discours lors de la rencontre interdicastérielle avec les cardinaux des États-Unis d'Amérique du 23 avril 2002, Jean Paul II affirme :

> Il doit être absolument clair pour les fidèles catholiques, et pour toute la communauté, que les Evêques et les supérieurs sont préoccupés avant tout par le bien spirituel des âmes. Chacun doit savoir qu'il n'y a pas de place dans le sacerdoce et dans la vie religieuse pour quiconque pourrait faire du mal aux jeunes. Chacun doit savoir que les Evêques et les prêtres sont totalement engagés à la plénitude de la vérité catholique en matière de morale

[96] Voir CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, Lettre aux Évêques et aux autres Ordinaires et Supérieurs hiérarchiques de l'Église Catholique intéressés par les délits les plus graves réservés à la Congrégation pour la Doctrine de la Foi, 18 mai 2001, *AAS*, 93 (2001), 785-788, traduction française dans *DC*, 99 (2002), 364.

[97] Voir A. BORRAS, « Droit canonique, abus sexuels et délits réservés », dans *Vie consacrée*, 2 (2003), 94.

[98] Ibid., 97.

sexuelle, une vérité aussi fondamentale pour le renouveau du sacerdoce et de l'épiscopat que pour le renouveau du mariage et de la vie familiale[99].

L'affirmation selon laquelle il n'y a pas de place dans le sacerdoce et dans la vie religieuse pour quiconque pourrait faire du mal aux jeunes marque la détermination de ce pape à combattre ce drame. C'est en filigrane dirions-nous l'assertion de la « politique de la tolérance zéro ».

4.4 — La dérogation des délais de la prescription (2002)

Le 7 novembre 2002, Jean Paul II accorda par rescrit[100] à la CDF la faculté de déroger, au cas par cas, des délais de la prescription, après une requête motivée d'un évêque[101]. C'est par exemple sur la base de ce rescrit qu'en 2003 la CDF accorda une dérogation au délai de prescription et la tenue du procès judiciaire d'un prêtre accusé d'abus sexuels sur un mineur. Les faits se seraient déroulés entre 1973 et 1978 soit vingt-cinq ans après[102]. La raison de la demande par la CDF d'une telle faculté est à trouver dans la *praxis* de cette Congrégation. Cette dernière se rendit compte que la période de dix années prévue par l'art. 5 § 1 du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001 était insuffisante. C'est en ce sens que Scicluna parlant des cas d'agressions sexuelles sur des mineurs affirmait en 2004 que : « L'expérience a démontré qu'un terme de dix ans est inadéquat pour ce type et qu'il serait souhaitable de retourner à l'ancien système selon lequel ces délits étaient imprescriptibles »[103].

99 Jean Paul II, Discours lors de la rencontre interdicastérielle avec les cardinaux des États-Unis d'Amérique du 23 avril 2002, www.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/speeches/2002.

100 Voir Rescrit *ex audientia Sanctissimi*, 7 novembre 2002, dans *Decisiones Summi Pontificis*, Pars prima, art. 5, Cité du Vatican, 2002.

101 Voir Woestman, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process*, 314: « Il Santo Padre nell'Udienza concessa all'Ecc.mo Segretario della CDF, SER Mons. Tarcisco Bertone, il 7 novembre 2002, ha concesso la facoltà alla CDF di derogare ai termini della prescrizione, caso per caso, su motivata domanda dei singoli Vescovi ». Voir aussi Martens, « Les délits les plus graves », 211. Cette faculté est similaire à la norme numéro 8 des normes essentielles pour les États-Unis qui obtinrent la *recognitio* du Saint-Siège le 8 décembre 2002. Voir USCCB, *Essential Norms*, traduction française dans *DC*, 2291 (2003), 434 : « Les abus sexuels commis sur des mineurs étant des offenses graves, l'évêque pourra, le cas échéant et en présentant des raisons pastorales appropriées demander à la Congrégation pour la Doctrine de la Foi de lever la prescription ».

102 Voir C.G. Renati, « Prescription and Derogation from Prescription in Sexual Abuse of Minors Cases», dans *Jur*, 67 (2007), 508 (= Renati, « Prescription and Derogation from Prescription »).

103 C. Scicluna, « Procédure et praxis de la Congrégation pour la doctrine de la foi en matière de *graviora delicta* », dans Dugan (dir.), *La procédure pénale et la protection des droits*, 298. Voir aussi Nkouaya Mbandji, *La prescription canonique*, 288.

5 — *Les normes pénales édictées sous le pontificat du pape Benoît XVI*

Le Cardinal J. Ratzinger est élu pape le 19 avril 2005 sous le nom de Benoît XVI[104]. Il a été l'architecte des mesures prises par Jean Paul II[105]. Il fut favorable à la dénonciation publique des crimes de prêtres pédophiles[106]. Les modifications opérées par Benoit XVI touchent aussi bien à certains aspects du droit processuel que ceux du droit substantiel.

5.1 — Les facultés spéciales (2009)

Entre 2008 et 2010, ont été rénovées les facultés spéciales qui permettent à la Congrégation pour le clergé et à la Congrégation pour l'évangélisation des peuples de traiter de manière nouvelle la perte du statut clérical[107]. Les facultés spéciales accordées par le pape Benoît XVI à la Congrégation pour l'évangélisation et à la Congrégation pour le clergé le 30 janvier 2009 ne réfèrent pas directement aux prêtres abuseurs. Néanmoins, la deuxième des trois facultés fait référence à un comportement scandaleux.

5.2 — Les normes révisées (2010)

Le 21 mai 2010, Benoît XVI approuve et ordonne la publication des normes révisées[108] du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001. Ainsi le nouveau texte des *Normae de gravioribus delictis*, dont l'art. 1 réaffirme la compétence de la CDF, comporte des amendements aussi bien des normes substantielles que procédurales[109]. Quels sont les changements opérés en matière de délits les plus graves contre les mœurs ?

[104] Benoît XVI est le 265e pape de l'Église catholique. Il renonça à la papauté en 2013.

[105] Voir R.F Freije, « La reforma legislativa de Benedicto XVI en relación con los abusos sexuales y algunas propuestas para la reflexión », dans *Estudios eclesiásticos*, 94 (2019), 705-741.

[106] Voir N. Diat, *L'homme qui ne voulait pas être pape*, Paris, Albin Michel, 2014, 232.

[107] Voir Congrégation pour le clergé, Lettre aux Ordinaires, prot. N. 2009/0556, 18 avril 2009. On peut consulter la lettre en langue anglaise dans *SCL*, 5 (2009), 45-56; Congrégation pour le Clergé, Lettre aux Ordinaires, prot. N. 2010/0823, 17 mars 2010; Congrégation de l'évangélisation des peuples, Démission *in poenam* des clercs du statut clérical : Instructions pour les Ordinaires, prot. N. 0579/09, 31 mars 2009.

[108] Voir Congrégation pour la Doctrine de la Foi, Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis, 21 mai 2010, dans *AAS*, 102 (2010), 419-434, traduction française dans *DC*, 2452 (2010), 760-764.

[109] Voir ibid., Synthèse des modifications, 21 mai 2010, www.vaticana.va, traduction française dans *DC*, 2452 (2010), 764.

Pour se rendre compte des modifications apportées par le législateur quant aux délits sexuels sur des mineurs, il faut se référer à l'art. 6 de la partie substantielle des normes révisées de 2010 dont la première partie de l'art. 6 § 1, 1° est similaire à l'art. 4 § 1 des *normae* de 2001. Toutefois l'art 6 § 1, 1° ajoute une spécification et l'art. 6 § 1, 2° pénalise l'acquisition, la détention ou la divulgation d'images pornographiques de mineurs de moins de quatorze ans [110]. Ces changements méritent d'être examinés.

5.2.1 — *Usage imparfait de la raison*

Le motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001 avait déjà procédé à l'universalisation de l'âge de dix-huit ans. Mais la nouvelle spécification et l'innovation[111] apportées par l'art. 6 § 1, 1° des normes révisées de 2010 est le fait d'équiparer à un mineur de moins de dix-huit ans « la personne qui jouit habituellement d'un usage imparfait de la raison ». On perçoit en filigrane à travers cet article les cc. 99 du *CIC*/83 et 909 § 2 *CCEO* qui assimilent aux enfants quiconque manque habituellement de l'usage de la raison. Ce dernier, censé ne pas pouvoir se gouverner lui-même, n'est pas responsable de ses actes (*non sui compos*) conformément aux cc. 97 *CIC*/83 et 909 § 3 *CCEO* qui qualifient d' « enfant » (*infans*) la personne âgée de moins de sept ans. Il s'agit là d'une présomption d'incapacité *iuris et de iure* qui n'admet pas de preuve contraire. Les normes révisées de 2010 introduisent ainsi une compréhension plus étendue des victimes potentielles qui peuvent être des personnes vivantes avec des handicaps psychologiques graves ne pouvant pas consentir licitement aux actes sexuels et vivant dans une dépendance perpétuelle des autres[112]. Ces personnes sont dites « vulnérables », susceptibles de subir des techniques de manipulation[113].

En effet, la gravité du handicap peut être perçue dans l'adverbe « habituellement » employé dans l'art. 6 § 1, 1° des normes révisées qui « suppose une constance de l'état, presque une pathologie »[114]. Il ne s'agit donc pas d'une

[110] Voir Renken, « *Normae de gravioribus delictis* », 78; T.J. Green, « *Sacramentorum Sanctitatis Tutela*: Reflections on the Revised May 2010 Norms on More Serious Delicts », dans *Jur*, 71 (2011), 139 (= Green, « *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* »).

[111] Voir C. Papale, « I delitti contro la morale », dans Associazione Canonistica Italiana (dir.), *Questioni attuali di diritto*, 56 (= Papale, « I delitti contro la morale »).

[112] Voir Green, « *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* », 139; Bernal, « Cuestiones canónicas », 172-173.

[113] Voir P. Ashton, « La prévention et réduction des abus sur des adultes vulnérables », dans C. Scicluna et al. (dirs.), *Vers la guérison et le renouveau: les abus sexuels sur des mineurs*, Rome, Pontificia Università Gregoriana, 2013, 280-282.

[114] Mwanza, *Protection de l'enfance*, 82.

personne qui subit une perte occasionnelle du parfait usage de la raison suite par exemple à l'absorption d'un stupéfiant qui a pour effet d'altérer momentanément sa capacité de comprendre, de vouloir et de juger. Il ne s'agit pas non plus d'un adulte dans un état de vulnérabilité mentale ou psychologique suite à un moment de faiblesse passagère et curable[115]. Aussi pour la responsabilité pénale, il convient de distinguer les personnes qui sont habituellement privées de l'usage de la raison dont parle le c. 1322 de celles qui ont un « usage imparfait de la raison » du c. 1324 § 1, 1° du *CIC*/83. Pour les premières, la responsabilité pénale individuelle est exclue et par le fait même, elles sont exemptes de toute peine canonique. Les secondes, par contre, ne bénéficient pas d'une exemption totale des sanctions canoniques. Les moments de lucidité que peuvent connaître des personnes habituellement privées de l'usage de la raison ne changent pas leur statut juridique et physique d'incapacité permanente. L'avis des experts peut alors être important pour diagnostiquer la pathologie[116].

5.2.2 — *Images pédopornographiques*

L'article 6 § 1, 2° des normes révisées de 2010 innove[117] en introduisant certaines spécifications explicites au délit de pédopornographie ou pornographie infantile absentes du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001, bien que la CDF dans sa pratique prenait déjà en compte ce délit[118]. L'acte délictuel de pédopornographie est réprimé par plusieurs législations étatiques et par des instruments internationaux de protection des droits des enfants. C'est en ce sens qu'en 2007 la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (la convention de Lanzarote) en son art. 20 définit la pornographie infantile comme : « tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des

[115] Voir G.D. Varuvel, « Modifiche introdotte nelle norme riguardanti i *graviora delicta* », dans *Ap*, 84 (2011), 360 (= Varuvel, « Modifiche introdotte nelle norme »); Mwanza, *Protection de l'enfance*, 82.

[116] Voir Mwanza, *Protection de l'enfance*, 82.

[117] Voir Varuvel, « Modifiche introdotte nelle norme », 361.

[118] Voir M.L. Bartchak, « Child Pornography and the Grave Delict of an Offense against the Sixth Commandment of the Decalogue Committed by a Cleric with a Minor », dans *Periodica*, 100 (2011), 288 (= Bartchak, « Child Pornography and the Grave Delict »). Voir aussi Papale, « I delitti contro la morale », 57.

fins principalement sexuelles »[119]. Le législateur canonique dans la détermination de ce délit, qui tombe dans la catégorie des délits plus graves contre les mœurs réservés à la CDF[120], prévoit l'élément matériel objectif distinct de l'élément subjectif ou intentionnel.

L'élément matériel objectif ou l'*actus reus* du délit de l'art. 6 § 1, 2° des normes révisées consiste en l'acquisition, la détention ou la divulgation d'images pornographiques de mineurs de moins de quatorze ans de quelque manière que ce soit et quel que soit l'instrument employé. L'acquisition de ces images peut se faire selon les méthodes d'acquisition des biens temporels identifiés par la jurisprudence canonique[121]. Tel est le cas de l'acceptation sans paiement de la pornographie infantile alors qu'elle n'a pas été sollicitée. Ceci peut advenir lors d'une recherche (*browsing*) sur internet ou alors lorsque naviguant sur un site pornographique « adulte », on est subitement dirigé vers un site pédopornographique[122]. Le délit est réalisé si la personne poursuit la navigation sur ledit site et télécharge (*downloads*) lesdites images[123]. C'est aussi le cas lorsque le clerc accepte des dons de photos, de magazines ou de vidéos pédopornographiques sans s'en débarrasser lorsqu'il s'en aperçoit. Ensuite, l'acquisition d'images pédopornographiques peut aussi se faire par la sollicitation et l'acceptation sans paiement. Il peut se faire en outre par la vente ou l'échange ou toute autre forme de transaction commerciale[124].

La détention (*detentio*) d'images pédopornographiques avec l'intention d'y exercer une possession ou leur détention malgré la connaissance qu'elles sont prohibées, fait partie du *reus actus* du délit de l'art. 6 § 1, 2°. Cette détention peut se faire par l'entremise des supports électroniques ou papiers. Les faits relatés par Erlandson du scandale publié par les journaux australiens en 2004 du séminariste qui aurait été trouvé en possession d'environ 40 000 photos et vidéos de pornographie infantile et d'un évêque arrêté en 2009 à l'aéroport d'Ottawa après la découverte d'images pédopornographiques de

[119] Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 25 octobre 2007, www.coe.int/fr/web/conventions/full_list/conventions.

[120] Voir Scicluna, « Procédure et praxis de la Congrégation », 297. Voir aussi Sabbarese, « Abusi sessuali », 259; et F.G. Morrisey, « Selected Canonical and Civil Issues Facing Religious Institutes Today », dans *SCL*, 9 (2013), 121.

[121] Voir Bartchak, « Child Pornography and the Grave Delict », 326-333.

[122] Voir ibid., 328.

[123] Voir Scicluna, « Sexual Abuse of Children », 19: « The recent praxis of the Congregation has established that the downloading, as opposed to the simple browsing, of a paedophile pornography from the internet falls under the *delictum gravies* ».

[124] Voir Bartchak, « Child Pornography and the Grave Delict », 329-333.

jeunes garçons dans son ordinateur[125] illustrent bien le caractère répréhensible de telles possessions. C'est ainsi que « certains prêtres ont été incarcérés parce qu'ils ont été trouvés en possession de milliers de photos pornographiques montrant des enfants et d'autres mineurs »[126].

S'agissant de la divulgation des images pédopornographiques, le législateur canonique, par la formule générique « n'importe quelle manière et quel que soit l'instrument employé » (*quovis modo et quolibet instrumento*) veut certes inclure l'usage du réseau internet sans toutefois exclure les nouvelles technologies qui sont souvent des canaux de divulgation et de commercialisation d'images pédopornographiques[127]. Ce délit est aussi un crime dans beaucoup de législations nationales[128]. On remarque par ailleurs que l'art. 6 § 1, 2° des normes révisées fait seulement mention des images et non pas d'écrits.

L'âge du sujet passif de l'art. 6 § 1, 2° est aussi un des éléments matériels. Puisque nous sommes en matière pénale, le principe de l'interprétation stricte des c. 18 *CIC*/83 et 1500 *CCEO* veut que le délit en question ne soit réalisé que si les images pédopornographiques sont celles d'un mineur de moins de quatorze ans. Pourquoi le législateur de 1983 choisit-il l'âge de quatorze ans pour le délit grave de pédopornographie ? Et pourquoi cet âge est-il appliqué aussi bien aux garçons qu'aux filles ? Pour Bartchak, la réponse doit être trouvée dans le souci qu'a le législateur d'harmoniser la tradition canonique au sujet des lois concernant les délits les plus graves impliquant la pornographie infantile avec la loi civile. Aussi était-il de jurisprudence commune, de considérer aussi bien la fille que le garçon de moins de quatorze ans comme des impubères[129], en se référant à la loi pénale du *CIC*/17 au milieu du 20e siècle, et surtout pour ce qui touchait aux pénalités *latae sententiae*. Ce qui revient à dire que seuls les cas de pornographie infantile de moins de quatorze ans étaient des délits réservés à la CDF et non ceux des enfants de quatorze ans à moins de dix-huit ans. Si pour un même cas on était en présence d'images pornographiques de mineurs de quatorze ans et de celui de plus de quatorze ans, alors, en vertu du lien de connexité de l'art. 8 § 2 des normes révisées, la CDF jugera l'entièreté du cas car, même dans le cas du mineur de moins de dix-huit ans, il y a violation du c. 1395

125 Voir ERLANDSON, *Pope Benedict XVI and the Sexual Abuse*, 66-67. L'auteur fait explicitement référence à l'évêque Raymond Lahey.

126 SCICLUNA, « Procédure et praxis de la Congrégation », 297.

127 Voir PAPALE, « I delitti contro la morale », 57.

128 Voir BERNAL, « Cuestiones canónicas », 178; GREEN, « *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* », 139; BARTCHAK, « Child Pornography and the Grave Delict », 338-341.

129 Voir BARTCHAK, « Child Pornography and the Grave Delict », 318-319.

§ 2. L'âge du mineur de moins de quatorze ans en cas de délit de pédopornographie sera ultérieurement modifié.

Pour ce qui est de l'élément subjectif, le délit grave de pédopornographie requiert un dol spécial. En d'autres termes, il n'est pas suffisant que le clerc ait agi en toute conscience et liberté. Il faut qu'il ait, aux termes de l'art. 6 § 1, 2°, acquis, détenu ou divulgué ces images « à une fin libidineuse » (*turpe patrata*). Cette incise du législateur exclut la faute (c. 1321 § 2) comme une des sources d'imputabilité (c. 1321 § 1) car une action délibérée de la part du clerc auteur du délit est nécessaire[130]. Ainsi le simple acte de télécharger inconsciemment des images pédopornographiques ou de se rendre compte seulement à la fin de son téléchargement que certaines images non désirées s'y sont infiltrées n'implique pas automatiquement la responsabilité pénale, il faut encore qu'il y ait l'élément subjectif qui est la fin libidineuse[131].

L'article 6 § 2 des normes révisées de 2010 soumet le clerc coupable d'acquisition, de détention ou de divulgation d'images pornographiques de mineurs de moins de quatorze ans à la même punition que dans l'art. 4 § 2 du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001. Le renvoi ou la déposition est donc une des sanctions possibles. Dans la *praxis* de la CDF, le renvoi de l'état clérical n'est généralement pas imposé comme sanction *ex officio* dans les cas de pornographie[132]. Au-delà de l'aspect délictuel, l'art. 6 § 1, 2° des normes révisées peut être entendu comme une offense contre la chasteté car il viole les cc. 277 §§ 1-2 *CIC*/83 et 374 *CCEO* qui font obligation aux clercs de vivre « la continence parfaite et perpétuelle[133] à cause du Royaume des cieux ».

Qu'en est-il de la prescription des délits visés à l'art. 6 des normes révisées de 2010 ?

5.2.3 — *Le nouveau délai de prescription de l'action criminelle*

L'article 7 § 1 des normes révisées de 2010 modifia l'art. 5 § 1 du motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de 2001 qui prévoyait un délai de

130 Voir Papale, « I delitti contro la morale », 64; Bartchak, « Child Pornography and the Grave Delict », 347-348.

131 Voir Papale, « I delitti contro la morale », 59-60; Varuvel, « Il delitto di pornografia minorile », 169.

132 Voir CLSA, Notes of Meeting, 12: « Dismissal from the clerical state is generally not imposed as an *ex officio* penalty for cases involving only the use of pornography »; Renken, « *Normae de gravioribus delictis* », 81.

133 Voir Bartchak, « Child Pornography and the Grave Delict », 376.

dix ans pour la prescription de l'action criminelle relative aux délits réservés à la CDF. Désormais, selon l'art. 7 § 1, « Restant sauf le droit de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi de déroger à la prescription au cas par cas, l'action criminelle relative aux délits réservés à la Congrégation pour la Doctrine de la Foi est prescrite au bout de vingt ans ».

L'article 7 § 2 fixe le point du départ du décompte de la prescription de l'action criminelle des délits les plus graves contre les mœurs. Cette prescription commence à courir à partir du jour de la commission du délit ou à partir du jour de sa cessation lorsque le délit est permanent ou habituel conformément aux cc. 1362 § 2 *CIC*/83 et 1152 § 3 *CCEO*. Cette règle ne vaut toutefois pas pour le délit contre le sixième commandement du Décalogue commis par un clerc avec un mineur de moins de dix-huit ans de l'art. 6 § 1. La prescription commence à courir à partir du jour où le mineur a eu dix-huit ans. C'est dire en d'autres termes que si un clerc commet un délit sexuel sur un mineur de quinze ans, la période de vingt ans ne devant être comptée qu'à la majorité du jeune, le délit ne pourra être prescrit que vingt-trois ans après. La victime sera alors âgée de trente-huit ans.

Jorge Mario Bergoglio, élu le 13 mars 2013 comme le 266e pape de l'Église catholique sous le nom de François, va poursuivre de manière décisive la réforme du droit pénal canonique touchant aux délits d'abus sexuels[134].

6 — *Le pape François : pour une meilleure protection légale des personnes mineures et de celles vulnérables*

Le pape François œuvre pour une Église miséricordieuse, proactive et tournée vers de nouvelles frontières[135]. La vision[136] qu'a François de l'Église

[134] Le pape François est bien le premier pape jésuite dans l'histoire de l'Église Catholique. Il a été créé cardinal-prêtre par Jean Paul II en 2001. Il a été auparavant Évêque de Buenos Aires de 1998 à 2013; Archevêque coadjuteur de Buenos Aires de 1997 à 1998; Évêque auxiliaire de Buenos Aires de 1992 à 1997; Évêque titulaire d'Oca de 1992 à 1997. C'est un homme de prière, attaché au discernement ignatien qui l'aide dans son ministère de pape. Voir N. Senèze, *Les mots du Pape*, Montrouge, Bayard, 2016, 25.

[135] Voir entretien du pape François avec le Père Antonio Spadaro, S.J. du lundi 19 août 2013, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2013. Voir aussi Entretien aux revues culturelles jésuites, *Études*, octobre 2013, 1-30, http://newsletter-revue-études.com (= Entretien aux revues culturelles jésuites, *Études,* 3-4); François, Audience générale, L'Église, qui est sainte, ne rejette pas les pécheurs, 2 octobre 2013, dans *DC*, nº 2513 (2014), 126-127.

[136] Voir C. Lowney, *Pope Francis: Why He Leads the Way He Leads*, Chicago, Loyola Press, 2013, 1-12.

Catholique d'aujourd'hui peut *mutatis mutandis* justifier ses décisions comme législateur suprême en matière de protection des personnes mineures et de celles vulnérables. De la réelle protection de ces dernières dépend la crédibilité de l'Église et de son message.

6.1 — La création de la Commission pontificale pour la protection des mineurs (2014)

Le 22 mars 2014, le pape François institua la Commission pontificale pour la protection des mineurs (CPPM) présidée par S. Ém. le Cardinal Sean Patrick O'Malley : « […] j'ai décidé de poursuivre l'œuvre déjà commencée par mes prédécesseurs en établissant auprès du Saint-Siège une Commission permanente dans le but de promouvoir la protection de la dignité des mineurs et des adultes vulnérables, à travers les formes et les modalités, conformes à la nature de l'Église […] ». À cette commission, il assigna comme devoir spécifique de proposer « les initiatives les plus opportunes pour la protection des mineurs et des adultes vulnérables, afin de réaliser tout ce qui est possible pour assurer que des crimes comme ceux qui ont eu lieu ne se répètent plus dans l'Église »[137].

Le 2 février 2015, le Pape François écrivit aux Présidents des conférences épiscopales et aux Supérieurs des instituts de vie consacrée et des sociétés de vie apostolique concernant la Commission Pontificale pour la Protection des Mineurs. Leur demandant une pleine et attentive collaboration avec cette Commission. Le pape souligne les raisons de la création de cette commission, sa « conviction qu'il faut continuer à faire tout le possible pour déraciner de l'Église la plaie des abus sexuels sur les mineurs et ouvrir une voie de réconciliation et de guérison en faveur de ceux qui ont été abusés ». Aussi, affirme-t-il :

> Les familles doivent savoir que l'Église n'épargne pas ses efforts pour protéger leurs enfants et qu'elles ont le droit de s'adresser à elle avec une pleine confiance, car elle est une maison sûre. On ne pourra donc pas accorder la priorité à tout autre type de considérations, de quelque nature qu'elles soient, comme par exemple le désir d'éviter le scandale, car il n'y a absolument pas de place dans le ministère pour ceux qui abusent des mineurs.

François demande en outre aux Présidents des conférences épiscopales et aux Supérieurs des instituts de vie consacrée et des sociétés de vie apostolique de veiller avec attention, à l'application de la lettre circulaire

[137] François, chirographe du pape françois instituant la commission pontificale pour la protection des mineurs, 22 mars 2014, dans *AAS*, 107 (2015), 562.

publiée par la CDF, le 3 mai 2011, en vue d'aider les conférences épiscopales à préparer les lignes-guide pour le traitement des cas d'abus sexuels sur des mineurs. Aussi, il est important que les conférences épiscopales se dotent d'un instrument pour la révision périodique des normes et pour le contrôle de leur application. Enfin, il revient aux évêques diocésains et aux supérieurs majeurs de vérifier que dans les paroisses et dans les autres institutions de l'Église soit garantie la sécurité des mineurs et des adultes vulnérables. Les diocèses, les instituts de vie consacrée et les sociétés de vie apostolique sont exhortés à mettre en place des programmes d'assistance pastorale, qui pourront s'appuyer sur le soutien de services psychologiques et spirituels[138].

Dans sa déclaration au Consistoire du 12 février 2015, le Cardinal Sean O'Malley insiste entre autres sur le fait que malgré les nombreux défis auxquels nous sommes confrontés, l'Église a aujourd'hui la possibilité de diriger le monde en créant un environnement sûr pour les enfants et les adultes vulnérables. La maltraitance des enfants prend racine et se propage dans une atmosphère de secret et d'obscurité. L'Église doit montrer la voie à suivre pour résoudre ce problème humain le plus grave en s'engageant humblement à la responsabilité (« *accountability* »), à la transparence et à la tolérance zéro. L'Église doit s'assurer à ce qu'aucun membre du clergé qui a maltraité un enfant ne soit plus autorisé à exercer le ministère. Parlant de la prescription, il affirme que dans de nombreuses juridictions civiles, le délai de prescription empêche les autorités civiles de prendre des mesures. Cette technicité juridique reste en place même aujourd'hui dans de nombreux pays et États. Dans de telles circonstances, il n'est pas acceptable de dire que l'Église n'a aucune obligation de répondre dans des cas où les autorités civiles ont été informées, mais ne peuvent prendre aucune mesure. Si l'État n'est pas en mesure d'agir, l'Église doit enquêter et résoudre le signalement des abus par le biais de ses propres politiques et procédures, en expulsant les auteurs et en prenant soin des victimes lorsque des abus se sont produits[139].

Dans son discours du 21 septembre 2017 aux membres de la Commission pontificale pour la protection des mineurs, François rappelle que « Le scandale des abus sexuels est véritablement un terrible fléau pour toute l'humanité,

[138] FRANÇOIS, Lettre aux Présidents des conférences épiscopales et aux Supérieurs des instituts de vie consacrée et des sociétés de vie apostolique concernant la Commission Pontificale pour la Protection des Mineurs, 2 février 2015, www.vatican.va/content/francesco/fr/letters/2015.

[139] Voir Card. Sean O'MALLEY, Statement by H.Em. Cardinal Sean O'Malley, OFM Cap at Consistory of 12 February 2015, http://benedettoxvi.va/resources.

et touche de nombreux enfants, jeunes et adultes vulnérables dans tous les pays et dans toutes les sociétés ». Il poursuit en affirmant : « l'abus sexuel est un péché horrible, en complète opposition et en contradiction avec ce que le Christ et l'Église nous enseignent »[140].

6.2 — Le rescrit du 3 novembre 2014

Pour juger les crimes prévus par le motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela*, la CDF peut procéder par voie pénale, judiciaire ou administrative (cf. art. 21 § 1 e § 2, n. 1 *SST*), sous réserve de la possibilité de soumission directe à la décision du Souverain Pontife dans les cas les plus graves (cf. art. 21 § 2, n. 2 *SST*). Étant entendu que, pour les délits contre la foi, la compétence appartient en premier lieu à l'Ordinaire ou à l'Hiérarque (cf. art. 2 § 2 *SST*).

Toutefois, en raison de la nécessité d'assurer un examen plus rapide de ces crimes, le pape François décréta par rescrit la création au sein de la CDF d'un Conseil spécial composé de sept cardinaux ou évêques, qui peuvent être membres du Dicastère ou extérieurs à celui-ci. Ledit conseil est une instance dont la session ordinaire (*Feria IV*) doit s'outiller pour assurer une plus grande efficacité dans l'examen des recours en vertu de l'art. 27 *SST*, sans modifier sa compétence dans le domaine tel qu'établi dans le même art. 27 *SST*. Si l'auteur de l'infraction est investi de la dignité d'évêque, son appel sera examiné par la Session ordinaire, qui pourra également statuer dans les cas spécifiquement réservés au jugement du Pape. En outre, il peut décider d'autres cas différés par le Conseil[141].

6.3 — *Come una madre amorevole* (2016)

Le 4 juin 2016, le pape François dans son motu proprio « Comme une mère aimante » (« *Come una madre amorevole* ») rappela qu'il est de la mission de l'Église d'aimer tous ses enfants, mais de prendre spécialement soin et de protéger avec une affection plus particulière les plus petits et les plus faibles. C'est pourquoi l'Église consacre un soin vigilant à la protection des enfants et des adultes vulnérables. S'il est vrai qu'une telle mission de protection et de soin appartient à toute l'Église, sa mise en œuvre revient particulièrement à ses pasteurs. Ainsi les Évêques diocésains, les Éparques

[140] FRANÇOIS, Discours aux membres de la Commission pontificale pour la protection des mineurs, 21 septembre 2017, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2017.

[141] Voir SECRÉTARIAT D'ÉTAT, *Rescrit ex audientia Sanctissimi*, 3 Novembre 2014, n° 3 et 4, dans www.vatican.va.

et ceux qui ont la responsabilité d'une Église particulière doivent déployer une particulière diligence dans la protection de ceux qui sont les plus faibles parmi les personnes à eux confiées.

Parmi les « causes graves » pour lesquelles les pasteurs de l'Église peuvent être renvoyés de leur office ecclésiastique tel que prévu par le c. 193 § 1 *CIC* et le c. 975 § 1 *CCEO*, François précise qu'est désormais comprise la négligence dans la gestion des cas d'abus sexuels. Aussi, selon l'art. 1 § 2 l'Évêque diocésain ou l'Éparque peut être renvoyé s'il a objectivement manqué de manière très grave à la diligence qui lui est demandée par son office pastoral, même sans faute morale grave de sa part; § 3 dans les cas d'abus sur mineurs ou sur adultes vulnérables, le manque de diligence grave suffit[142]. Ce motu proprio a été promulgué sur la base d'une proposition de la Commission pontificale pour la protection des mineurs et en référence au principe de responsabilité de l'Église[143].

6.4 — Le colloque sur l'enfant dans le monde numérique (2017)

Le 6 Octobre 2017, François mobilisa à Rome (Université Pontificale Grégorienne), les professionnels du numérique pour protéger les mineurs des dangers de la mauvaise utilisation de l'internet. Dans sa déclaration lors de ce colloque d'envergure internationale sur la dignité de l'enfant dans le monde numérique, François souligna que le défi qui nous est lancé est de favoriser l'accès sûr des mineurs à ces technologies, en garantissant en même temps leur croissance saine et sereine, sans qu'ils ne soient l'objet de violences criminelles inacceptables ou d'influences gravement nocives pour l'intégrité de leur corps et de leur esprit. Aussi, il fustige :

> Des phénomènes très graves déferlent sur le réseau : la diffusion d'images pornographiques toujours plus extrêmes, parce que, en raison de l'accoutumance, le seuil de stimulation s'élève; le phénomène croissant de sexting entre les jeunes gens et les jeunes filles qui utilisent les réseaux sociaux; le harcèlement qui s'exprime toujours plus en ligne et qui est une véritable violence morale et physique contre la dignité des autres jeunes; la sextortion; le racolage à but sexuel des mineurs à travers le réseau qui est désormais un fait dont la presse parle continuellement; pour en arriver jusqu'aux crimes les plus graves et épouvantables des organisations en ligne du trafic des personnes, de la prostitution, voire de la commande et de la vision en

[142] Voir FRANÇOIS, Lettre apostolique *motu proprio Come una madre amorevole*, 4 juin 2016, dans *AAS*, 108 (2016), 715-717, traduction française dans *DC*, nº 2524 (2016), 96-97.

[143] FRANÇOIS, Discours aux membres de la Commission pontificale pour la protection des mineurs, 21 septembre 2017, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2017.

direct de viols et de violences sur mineurs commis ailleurs dans le monde. Le réseau a donc son côté obscur et des zones obscures (le dark net) où le mal trouve des moyens toujours nouveaux et plus efficaces, envahissants et capillaires pour agir et s'étendre. […] Mais nous ne devons pas nous laisser dominer par la peur qui est toujours mauvaise conseillère. Et moins encore nous laisser paralyser par le sentiment d'impuissance qui nous oppresse face à la difficulté de la tâche[144].

6.5 — L'appel au peuple de Dieu de (2018)

Le 20 août 2018 François écrivit au peuple de Dieu et insista sur l'urgence de réaffirmer notre engagement pour garantir la protection des mineurs et des personnes vulnérables. Il affirme :

Avec honte et repentir, en tant que communauté ecclésiale, nous reconnaissons que nous n'avons pas su être là où nous le devions, que nous n'avons pas agi en temps voulu en reconnaissant l'ampleur et la gravité du dommage qui était infligé à tant de vies. Nous avons négligé et abandonné les petits. Je fais miennes les paroles de l'alors cardinal Ratzinger lorsque, durant le Chemin de Croix écrit pour le Vendredi Saint de 2005, il s'unit au cri de douleur de tant de victimes en disant avec force : « Que de souillures dans l'Église, et particulièrement parmi ceux qui, dans le sacerdoce, devraient lui appartenir totalement ! Combien d'orgueil et d'autosuffisance ! […] La trahison des disciples, la réception indigne de son Corps et de son Sang sont certainement les plus grandes souffrances du Rédempteur, celles qui lui transpercent le cœur. Il ne nous reste plus qu'à lui adresser, du plus profond de notre âme, ce cri : Kyrie, eleison – Seigneur, sauve-nous (cf. Mt 8, 25) » (Neuvième Station)[145].

François reconnut que l'ampleur et la gravité des faits exigeaient que le peuple de Dieu réagisse de manière globale et communautaire : « Si un membre souffre, tous les membres souffrent avec lui » (*1 Cor* 12,26). Il est, affirma-t-il, impossible d'imaginer une conversion de l'agir ecclésial sans la participation active de toutes les composantes du peuple de Dieu. L'Église doit être ferme et transparente dans la protection des mineures et des personnes vulnérables :

Je suis conscient de l'effort et du travail réalisés en différentes parties du monde pour garantir et créer les médiations nécessaires pour apporter

144 François, Discours aux participants du colloque sur la dignité de l'enfant dans le monde numérique, 6 Octobre 2017, texte original italien dans *OR* du 7 Octobre 2017, traduction française, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2017.

145 Voir François, Lettre au peuple de Dieu, 20 août 2018, www.vatican.va/content/francesco/fr/letters/2018/documents.

sécurité et protéger l'intégrité des mineurs et des adultes vulnérables, ainsi que de la mise en œuvre de la tolérance zéro et des façons de rendre compte de la part de tous ceux qui commettent ou dissimulent ces délits. Nous avons tardé dans l'application de ces mesures et sanctions si nécessaires, mais j'ai la conviction qu'elles aideront à garantir une plus grande culture de la protection pour le présent et l'avenir […] Il est essentiel que, comme Église, nous puissions reconnaitre et condamner avec douleur et honte les atrocités commises par des personnes consacrées, par des membres du clergé, mais aussi par tous ceux qui ont la mission de veiller sur les plus vulnérables et de les protéger[146].

6.6 — Le sommet de février 2019

François convoqua les présidents des conférences épiscopales du monde au Vatican du 21-24 février 2019. Cette réunion spéciale eu pour thème de la protection des mineurs[147]. Dans son discours de clôture, il souligna que l'ampleur du fléau des abus sexuels sur mineurs était malheureusement un phénomène historiquement répandu dans toutes les cultures et toutes les sociétés. Il est devenu, seulement en des temps relativement récents, un objet d'études systématiques, grâce au changement de sensibilité de l'opinion publique sur un problème considéré comme tabou dans le passé, ce qui signifie que tous connaissaient sa présence mais que personne n'en parlait. Des données disponibles montrent que ceux qui commettent les abus (physiques, sexuelles ou émotionnelles), sont surtout les parents, les proches, les maris d'épouses mineures, les entraineurs et les éducateurs. D'après des données de l'Unicef pour l'année 2017 concernant vingt-huit pays dans le monde, sur dix jeunes filles qui ont eu des rapports sexuels forcés, neuf révèlent avoir été victimes d'une personne connue ou proche de leur famille.

D'après les données officielles du gouvernement américain, plus de 700.000 enfants aux États-Unis sont victimes, chaque année, de violences et de mauvais traitements; d'après l'International Center for Missing and Exploited Children (ICMEC), un enfant sur dix subit des abus sexuels. En Europe, dix-huit millions d'enfants sont victimes d'abus sexuels. Si nous prenons l'exemple de l'Italie, le rapport du "Téléphone bleu" souligne, pour l'année 2016, que 68,9% des abus se passent au sein du propre foyer du mineur. Le théâtre des violences n'est pas seulement le milieu familial, mais aussi celui du quartier, de l'école, du sport et, malheureusement aussi ecclésial. Il s'agit donc là d'un problème universel et transversal qui,

[146] Ibid.
[147] Voir RENKEN, « *Vos Estis Lux Mundi* », 628-636.

malheureusement, existe presque partout. Toutefois, l'universalité de ce fléau, même lorsque se confirme son ampleur dans nos sociétés, n'atténue pas sa monstruosité à l'intérieur de l'Église. Aussi, si dans l'Église on détecte même un seul cas d'abus – qui représente déjà en soi une horreur – un tel cas sera affronté avec la plus grande gravité[148].

François met en relief les "Best Practices" formulées, sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Santé, par un groupe de dix agences internationales qui a développé et approuvé un ensemble de mesures appelé INSPIRE[149]. C'est-à-dire sept stratégies pour mettre fin à la violence contre les enfants. S'inspirant de ces lignes-guide et du travail accompli par la Commission Pontificale pour la Protection des Mineurs, l'Église parvint à spécifier les axes ou dimensions importantes dans la lutte contre les abus sexuels[150]. François posa ainsi les pistes d'action pour lutter contre les abus sexuels concernant des enfants au sein de l'Église catholique. Selon lui le meilleur résultat et la plus efficace résolution que nous puissions offrir aux victimes, au peuple de la Sainte Mère Église et au monde entier, c'est l'engagement à une conversion personnelle et

[148] Voir FRANÇOIS, Discours du Saint-Père François au terme de la concélébration eucharistique, 24 février 2019, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2019.

[149] Chaque lettre du mot INSPIRE représente une des stratégies, et la plupart a démontré avoir des effets préventifs contre divers types de violence, ainsi que dans des domaines comme la santé mentale, l'éducation et la réduction de la criminalité. Les sept stratégies sont les suivantes : « *Implementation and enforcement of laws* » : mise en œuvre et application des lois (par exemple, interdire les disciplines violentes et limiter l'accès à l'alcool et aux armes à feu); « *Norms and values* » : normes et valeurs à changer (par exemple, celles qui pardonnent l'abus sexuel sur les filles ou le comportements agressifs entre garçons); « *Safe environments* » : milieux sûrs (par exemple identifier dans les quartiers les "points chauds" de violence et affronter les causes locales à travers une politique qui résolve les problèmes et autres interventions); « *Parent and caregiver support* » : parents et soutiens de l'assistant familial (par exemple en fournissant une formation aux parents pour les jeunes, aux nouveaux parents); « *Income and economic strengthening* » : revenu et renforcement économique (comme le micro crédit et la formation à l'égalité des sexes); « *Response and support services* » : services de réponse et de soutien (par exemple, garantir que les enfants exposés à la violence puissent accéder à des soins d'urgence efficaces et recevoir un soutien psycho-social adapté); « *Education and life skills* » : instruction et habilitation à la vie (par exemple, garantir que les enfants fréquentent l'école et fournir les compétence sociales). Voir FRANÇOIS, Discours du Saint-Père François au terme de la concélébration eucharistique, 24 février 2019, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2019, note 15.

[150] Notamment : la protection des enfants comme objectif premier, le sérieux irréprochable qui doit caractériser cette démarche de l'Église, la nécessité d'une véritable purification au sein de l'Église, la qualité de la formation des candidats au sacerdoce, le renforcement des lignes guides des Conférences Épiscopales, l'accompagnement des personnes victimes d'abus, le monde digital et le tourisme sexuel.

collective, l'humilité d'apprendre, d'écouter, d'assister et de protéger les plus vulnérables.

6.7 — La législation de l'État du Vatican (2019)

Par le motu proprio du 26 mars 2019, la loi 297 « sur la protection des mineurs et des personnes vulnérables » et des lignes directrices, François, dote l'État de la Cité du Vatican, le Vicariat et la Curie romaine d'une législation renforcée contre les abus et les mauvais traitements. Ce motu proprio est le résultat direct des travaux de la Commission pontificale pour la protection des mineurs. Cette nouvelle loi entrée en vigueur le 1er juin 2019, permet au promoteur de justice du Vatican de poursuivre tous les crimes visés aux articles 1 et 3 de la loi n° 297 du 26 mars 2019 sur la protection des mineurs et des personnes vulnérables, lorsqu'ils sont commis par les sujets visés à point 3 du motu proprio du 11 juillet 2013, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En outre, la loi 297 garantit aux victimes l'écoute, l'assistance et l'accompagnement nécessaires tout au long de la procédure[151].

6.8 — *Vos estis lux mundi* (2019)

Le 7 Mai 2019 François publie le motu proprio « *Vos estis lux mundi* »[152]. C'est un des plus importants textes législatifs qui depuis sa promulgation suscite encore beaucoup de questions. Entré en vigueur depuis le 1er juin 2019, ce document du législateur suprême de l'Église catholique est d'une grande importance, ceci pour plusieurs raisons. D'abord, il précise en quoi consiste les délits contre le sixième commandement du Décalogue (art. 1 § 1, a) :

i. contraindre quelqu'un, avec violence ou menace ou par abus d'autorité, à accomplir ou subir des actes sexuels;
ii. accomplir des actes sexuels avec un mineur ou avec une personne vulnérable;
iii. produire, exhiber, détenir ou distribuer, même par voie informatique, du matériel pédopornographique, ainsi que recruter ou inciter un mineur ou une personne vulnérable à participer à des exhibitions pornographiques.

[151] Voir François, motu proprio sur le protection des mineurs et des personnes vulnérables, 26 mars 2019, www.vatican.va.

[152] François, Lettre apostolique *motu proprio Vos estis lux mundi*, 07 Mai 2019, texte original italien dans *OR* du 10 mai 2019, traduction française dans *DC*, 2535 (2019), 109-114 (= François, *Vos estis lux mundi*).

Ensuite, il définit le terme de « mineur »[153], de « personne vulnérable »[154] ainsi que de « matériel pédopornographique »[155] En outre, ce document s'applique non plus seulement aux clercs, mais aussi aux membres d'Instituts de vie consacrée ou de Sociétés de vie apostolique. (Voir art. 1 § 1.)[156]. Par ailleurs, les articles 6, 7, 8 et 9 fixent des normes procédurales lorsque les supposés auteurs des délits contre le sixième commandement du Décalogue sont des Cardinaux, des Patriarches, des Évêques et des Légats du Pontife romain (a); des clercs qui sont ou ont été préposés à la conduite pastorale d'une Église particulière ou d'une entité assimilée, latine ou orientale, y compris d'Ordinariats personnels, pour les faits commis *durante munere* (b); des clercs qui sont ou ont été préposés à la conduite pastorale d'une Prélature personnelle, pour les faits commis *durante munere* (c); des personnes qui sont ou ont été Modérateurs suprêmes d'Instituts de vie consacrée ou de Sociétés de vie apostolique de droit pontifical[157], ainsi que de Monastères *sui*

[153] « Toute personne âgée de moins de dix-huit ans ou équiparée comme telle par la loi ». Voir François, *Vos estis lux mundi*, art. 1 § 2 a. Cette définition du mineur peut variée d'un législateur à l'autre. Au Canada par exemple la définition de personne mineure varie d'une province à l'autre. Dans cinq provinces, une personne mineure est définie comme une personne de moins de dix-huit ans : Alberta, Manitoba, Ontario, Québec et Île-du-Prince-Édouard. En Saskatchewan, une personne mineure est une personne non mariée de moins de seize ans. À Terre-Neuve-et-Labrador, une personne mineure est une personne de moins de seize ans (un adolescent est défini comme une personne âgée de seize ans ou plus, mais de moins de dix-huit ans). Dans les trois autres provinces et les trois territoires, une personne mineure est définie comme une personne de moins de dix-neuf ans : Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Nouvelle Écosse, Nunavut, Territoires du Nord-Ouest et Yukon. Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, Définition provinciale d'un enfant mineur, www.canada.ca/fr/immigration_refugies_citoyenneté_organisation/publications_guides/bulletins_guides_operationnels/demandes_asile/Canada/traitement_définitions_provinciales_enfant_mineur. Repris par Conférence des Évêques Catholiques du Canada, *Protection des personnes mineures contre les abus sexuels : Appel aux fidèles catholiques du Canada pour la guérison, la réconciliation et la transformation*, Ottawa, CECC, 2018, 92, partie II, § 2.4 (= CECC, *Protection des personnes mineures*).

[154] La « *personne vulnérable* » est comprise par le législateur canonique comme « toute personne se trouvant dans un état d'infirmité, de déficience physique ou psychique, ou de privation de liberté personnelle qui, de fait, limite, même occasionnellement, sa capacité de compréhension ou de volonté, ou en tout cas de résistance à l'offense ». Voir François, *Vos estis lux mundi*, art. 1 § 2, b.

[155] « Toute représentation, indépendamment du moyen utilisé, d'un mineur impliqué dans une activité sexuelle explicite, réelle ou simulée, et toute représentation d'organes sexuels de mineurs à des fins principalement sexuelles. Voir François, *Vos estis lux mundi*, art. 1 § 2, c.

[156] Voir Astigueta, « Lettura di Vos estis lux mundi », 519; J.L.R. Sánchez-Giron, « El *Motu Proprio Vos estis lux mundi*: contenidos y relación con otras normas del derecho canónico vigente », dans *Estudios eclesiásticos*, 94 (2019), 673-676.

[157] Voir J.A. Renken, « *Vos Estis Lux Mundi: the Evolution of the Church's Response to Sexual Abuse and Its Cover-up after the Vatican Summit* », dans *StC*, 53 (2019), 638-639 (= Renken, « *Vos Estis Lux Mundi* »).

iuris, pour les faits commis *durante munere* (d). Ce motu proprio fait entre autres mention : du délit d'« obstruction » qui consiste en des actions ou omissions directes visant à interférer ou éluder des enquêtes civiles ou des requêtes canoniques, administratives ou pénales (art. 1 § 1 b); de la réception des signalements et de la protection des données (art. 2 et 3). Le motu proprio « *Vos estis lux mundi* » affirme explicitement la reconnaissance de la présomption d'innocence (voir art. 12 § 8).

6.9 — Les modifications introduites à la *SST* (2019)

François opère par rescrit des modifications importantes aux articles 6 § 1, 2°, 13 et 14 de la *SST* concernant les « *Normae de gravioribus delictis* » réservées au jugement de la CDF. Ainsi pour le délit d'acquisition, de détention ou de divulgation, à une fin libidineuse, d'images pornographiques de mineurs, le mineur de l'art. 6 § 1, 2° nouveau est désormais celui de moins de dix-huit ans et non plus de quatorze ans comme cela était le cas auparavant. Selon le rescrit du 6 décembre 2019, le secret pontifical ne s'applique pas à cet article nouveau. En outre, selon l'art. 13 § 1 (nouveau) de *Sacramentorum sanctitatis tutela*, le rôle d'avocat et de procureur peut désormais être exercé par un fidèle, titulaire d'un doctorat en droit canonique qui est approuvé par le président du collège ». Auparavant, seul le prêtre pouvait exercer ce rôle. Ceci entraine de manière logique un changement à l'art. 14 de la *SST*. La formulation nouvelle supprime le mot avocat et devient : « Par ailleurs, dans les autres tribunaux, pour les causes dont il s'agit dans les présentes normes, seuls des prêtres peuvent remplir validement les charges de juge, de promoteur de justice et de notaire »[158].

6.10 — La levée du secret pontifical (2019)

Par le rescrit du 6 décembre 2019 , François décide que ne sont pas couverts par le secret pontifical les dénonciations, les procès et les décisions relatifs aux délits énoncés : à l'article 1 du motu proprio *Vos estis lux mundi* du 7 mai 2019; à l'article 6 des *Normae de gravioribus delictis* réservés au jugement de la CDF, contenues dans le motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela* de Jean-Paul II du 30 avril 2001, et ses modifications successives. Le secret professionnel n'empêche pas l'accomplissement des obligations établies en tout lieu par les législations nationales, y compris les

[158] Secrétariat d'État, *Rescrit ex audientia Sanctissimi*, 3 Decembre 2019, art. 2 § 2, dans www.vatican.va.

éventuelles obligations de signalement, ainsi que la mise en œuvre des requêtes exécutives des autorités judiciaires civiles. Aucun devoir de silence sur les faits en cause ne peut être imposé à celui qui effectue un signalement, à la personne qui affirme avoir été offensée et aux témoins[159].

6.11 — La création d'un groupe opérationnel (2019)

Le 28 février 2019, François crée une « task force » pour assister les conférences épiscopales et les instituts religieux à leur demande, dans la préparation et mise à jour des lignes directrices de la protection des mineurs**.** Ceci avait été auparavant annoncé lors du sommet des présidents des Conférences épiscopales du monde (21-24 février 2019) axé sur la protection des mineurs dans l'Église. Ce groupe de travail est composé d'un coordinateur, responsable de la Commission pour la protection des mineurs et des adultes vulnérables de la province ecclésiastique maltaise, et d'experts en droit canon de diverses nationalités. Il aura une durée de deux ans à compter du 24 février 2020, et ses activités sont soutenues par des bienfaiteurs. Un rapport des activités de ce groupe sera soumis trimestriellement aux affaires générales de la Secrétairerie d'État du Vatican[160].

6.12 — Le *Vademecum* (2020)

La récente publication du Vadémécum de la CDF [161] montre encore une fois de plus la détermination de l'Église et du pape François à mettre sur pied des procédures claires et pratiques en cas de crimes d'abus sexuels sur des mineurs et sur des personnes vulnérables. C'est un manuel plutôt technique et précis qui ne change pas la législation actuelle en matière d'abus sexuel, mais « il a pour objectif de clarifier le parcours processuel ». C'est pourquoi, à l'introduction du document, il est sans ambages affirmé que le *vademecum*

[159] Voir Secrétariat d'État, *Rescrit ex audientia Sanctissimi*, 6 Decembre 2019, dans www.vatican.va.

[160] La supervision de ce « task force » est faite par Mgr Edgar Peña Parra, substitut pour les affaires générales de la Secrétairerie d'État; le cardinal Oswald Gracias, archevêque de Bombay; le cardinal Blase Joseph Cupich, archevêque de Chicago; Mgr Charles Jude Scicluna, archevêque de Malte et secrétaire adjoint de la CDF; et le p. Hans Zollner, membre de la Commission pontificale pour la protection des mineurs. Voir Comunicato Stampa della Santa Sede, 28.02.2020, press.vatican.va/content/sala_stampa/it/bollettino/pubblico/2020.

[161] Voir Congrégation pour la Doctrine de la Foi, Vademecum sur quelques points de procédure dans le traitement des cas d'abus sexuel sur mineur commis par des clercs, 16 juillet 2020, www.vatican.va.

est « destiné, avant tout, aux ordinaires et aux juristes ayant à mettre en œuvre la législation canonique concernant les cas d'abus sexuel sur mineurs commis par des clercs ».

Le *vademecum* du 16 juillet 2020 est composé de neuf chapitres : le chapitre 1 traite de la constitution du délit; le chapitre 2 explique ce qu'on doit faire quand on reçoit une information sur un délit présumé (*notitia de delicto*); le chapitre 3 explicite le déroulement de l'enquête préliminaire; le chapitre 4 énumère ce peut faire la CDF à la réception des actes de l'enquête préliminaire; le chapitre 5 **met en relief** les décisions possibles au terme d'un procès pénal ; le chapitre 6 identifie les plausibles procédures pénales; le chapitre 7 explique ce qui peut arriver au terme d'un procès pénal ; le chapitre 8 énonce les modalités à suivre en cas de recours contre un décret pénal. Le dernier chapitre mentionne ce qu'il faut toujours tenir compte dès la réception de la « *notitia de delicto* ».

Conclusion

Les récentes modifications apportées au droit pénal canonique montrent la ferme résolution des « leaders » de l'Église à combattre le fléau des abus sexuels en son sein[162]. Il ressort que le pape François, en tant qu'actuel législateur suprême de l'Église catholique, a pris des mesures courageuses visant à parvenir à une meilleure protection des mineures et des personnes vulnérables. Ces mesures mettent ainsi fin au laxisme observé dans la gestion de certains cas d'abus sexuels. Aussi affirme-t-il : « […] C'est pourquoi aujourd'hui je répète une fois de plus que l'Église, à tous les niveaux, répondra par l'application des mesures les plus sévères envers tous ceux qui ont trahi leur appel et ont abusé des fils de Dieu. Les mesures disciplinaires que les Églises particulières ont adoptées doivent être appliquées à tous ceux qui travaillent dans les institutions de l'Église. […] l'Église entend de façon irrévocable et à tous les niveaux appliquer contre l'abus sexuel des mineurs le principe de la « tolérance zéro »[163]. La réforme annoncée du livre VI prendra certainement en compte toutes ces modifications.

[162] Voir J.L. De la Vaissière, *François dans la tempête*, Paris, Salvator, 2017, 63-70.

[163] François, Discours aux membres de la commission pontificale pour la protection des mineurs, 21 septembre 2017, www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2017.

Studia canonica 54 | 2020, 623-683
doi: 10.2143/STC.54.2.3289271

L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE DANS LES PROCÉDURES DE NULLITÉ DE MARIAGE

MICHAEL-ANDREAS NOBEL

RÉSUMÉ — Depuis des siècles, une enquête préliminaire est utilisée dans les procès criminels et les causes de canonisation afin de recueillir l'information nécessaire avant de commencer une procédure déterminée. Dans le contexte des procédures matrimoniales, ce concept semble être plutôt « récent » et certains de ses éléments peuvent être vus vers la fin du XIX[e] siècle. Des méthodes locales ont eu un impact significatif sur la législation universelle, mais seulement dans la foulée du Deuxième Concile du Vatican. En ce qui concerne la législation de l'Église latine, on examinera sous trois aspects le droit universel, tel que promulgué dans les Codes de droit canonique de 1917 et 1983 : a) si elle contient des lois concernant une enquête préliminaire dans le contexte d'un procès en vue d'obtenir une déclaration de nullité de mariage, b) les éléments nécessaires à la préparation d'une demande et la manière dont ces informations sont recueillies, et c) la collecte des preuves comment ces renseignements sont colligés et, c) la collecte des preuves avant la *litis contestatio* ou contestation du litige. L'Instruction *Dignitas connubii* reconnaissait deux « enquêtes préliminaires » selon les articles 113 et 120. La dichotomie partielle demeure après que les dispositions du Code de droit canonique de 1983 sur les procédures matrimoniales furent changées par le motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* et la Ratio procedendi, reconnaissant une « enquête préjudiciaire et pastorale » et l'enquête préliminaire menée par le vicaire judiciaire afin de vérifier des aspects précis d'un *libellus* présenté, conformément à l'article 120 de *Dignitas connubii*.

SUMMARY — For centuries, a preliminary inquiry was recognized for criminal and canonization procedures to gather information necessary prior to commencing a specific procedure. In the context of marriage procedures, this concept appears to be rather "new," and elements of it can be seen in the late nineteenth century. Local approaches had a significant impact on universal legislation, but not until after the Second Vatican Council. With reference to the legislation of the Latin Church, the universal law as promulgated in the Codes of Canon Law from 1917 and 1983 are examined under three aspects: a) whether it contains any legislation on a preliminary inquiry

in the context of a process to obtain a declaration of nullity of marriage, b) the elements necessary for a petition and how this information is gathered, and c) the collection of proofs prior to the *litis contestatio*. The Instruction *Dignitas connubii* recognizes two "preliminary inquiries" according to articles 113 and 120. This partial dichotomy remains after the prescripts of the 1983 Code of Canon Law on marriage procedures were changed with the motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* and the *Ratio proceden*di, recognizing a "pre-judicial" or "pastoral inquiry" and, according to *DC* 120, the preliminary inquiry conducted by the judicial vicar, verifying specific aspects of a submitted *libellus*.

Introduction

Depuis des siècles, une enquête préliminaire est utilisée dans les procès criminels et les causes de canonisation afin de recueillir l'information nécessaire avant de commencer une procédure déterminée. Dans le contexte des procédures matrimoniales, ce concept semble être plutôt « récent » et certains de ses éléments peuvent être vus vers la fin du XIXe siècle, quoiqu'ils visent principalement les cas de séparation ou de défaut de forme. Des méthodes locales, soit en Autriche, soit aux États-Unis, ont eu un impact significatif sur la législation universelle, mais seulement dans la foulée du Deuxième Concile du Vatican. Même de nos jours, lorsqu'on parle d'enquête préliminaire dans le contexte des procédures matrimoniales, il est coutume de se référer à la « session » qui a lieu entre un éventuel demandeur et un membre du personnel du Tribunal en vue de remplir un formulaire d'enquête préliminaire, de soumettre des documents et des copies notariés et d'autres renseignements nécessaires à la préparation d'un possible *libellus* (libelle). Jusqu'en 2005, il n'existait aucune règle au niveau universel qui indiquait et prescrivait ce qu'était une enquête préliminaire et quel en était le contenu.

La présente étude va présenter un bref développement historique de l'enquête préliminaire dans le contexte de procédures matrimoniales particulières comprenant des directives et une législation locale, de même que des commentaires appropriés. En ce qui concerne la législation de l'Église latine, on examinera sous trois aspects le droit universel, tel que promulgué dans les Codes de droit canonique de 1917 et 1983 : a) si elle contient des lois concernant une enquête préliminaire dans le contexte d'un procès en vue d'obtenir une déclaration de nullité de mariage, b) les éléments nécessaires à la préparation d'une demande et la manière dont ces renseignements sont colligés, et c) la collecte des preuves avant la *litis contestatio* ou contestation du litige. La référence à ces trois aspects peut jeter une certaine lumière sur

a) ce qu'est une enquête préliminaire, particulièrement dans le contexte de la procédure matrimoniale, b) la personne qui mène cette enquête, c) le moment où elle a lieu et d) ce qui est recherché par son utilisation.

1 — *L'historique de l'enquête préliminaire*

Pour bien comprendre l'enquête préliminaire dans le cadre des procédures matrimoniales telles que présentées dans la législation canonique, il est jugé nécessaire de connaître son contexte et son histoire.

1.1 — Le développement du droit procédural canonique

Durant les premiers temps de l'Église, le pouvoir judiciaire s'exerçait dans des questions de discipline et des conflits entre le clergé et les laïcs. En 208, le pape Zéphirin permit que tout appel lui soit directement acheminé, ce qui servit de fondation à la compétence universelle du Souverain Pontife en matière de contentieux ecclésiastique.

> Lorsque la jeune Église se vit confier le sacrement de mariage, elle ne pouvait s'empêcher de réaliser que les lois et les notions séculières différaient de façon marquée avec la doctrine matrimoniale enseignée par son divin fondateur. Dans l'esprit romain, le mariage était une affaire privée sacrée sous la tutelle de l'État, une notion qui avait perduré même à l'époque de Justinien. L'existence légale de l'Église n'était pas reconnue dans ses débuts, et encore moins sa compétence propre et exclusive dans les causes matrimoniales des chrétiens, qui devaient devenir encore plus marquée avec toute nouvelle mesure législative matrimoniale[1]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

Jusqu'en 318, les décisions des tribunaux ecclésiastiques n'étaient pas reconnues dans le monde laïque[2]. C'est l'empereur Constantin qui accorda aux Évêques le pouvoir judiciaire et les jugements ecclésiastiques

[1] T.H. KAY, *Competence in Matrimonial Procedure*, Washington D.C., The Catholic University of America Press 1929 (= KAY, *Matrimonial Procedure*), 3.

[2] « À la fin de l'époque républicaine et au début de l'époque classique (200 av. J.C. et 200 AD), le concept de *liberum matrimonium* était largement répandu dans l'Empire et avec lui était venu le droit de mettre fin à un mariage à n'importe quel moment par une opération qui était pratiquement informe. Si le mariage prenait fin par consentement mutuel des parties, l'opération s'appelait un *divortium*. Si le mariage était dissout à la demande d'une seule des parties, il s'agissait d'un *repudium*. » (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) A.J. NACE, *The Right to Accuse a Marriage of Invalidity*, Washington D.C., The Catholic University of America Press 1961 (= NACE, *Invalidity*), 6.

commencèrent à être reconnus au civil[3]. Initialement, l'Église ne possédait pas de système autonome de normes procédurales, mais le Droit romain modifié suppléait à l'absence de normes procédurales ecclésiastiques[4]. Bien que les tribunaux ecclésiastiques aient suivi la prémisse voulant qu'*ecclesia iudicat de fide et sacerdotibus*, ces mêmes tribunaux s'appuyaient toujours sur l'autorité séculière. Figueira offre le commentaire suivant.

> Ce processus de romanisation s'est accéléré naturellement après la christianisation de l'Empire, à la suite du règne de Constantin – maintenant que les empereurs jugeaient également bon de 'prendre soin' des besoins de « leur Église » au moyen d'une législation qui reflétait l'influence directe qu'exerçaient les concepts et les préceptes légaux romains sur l'organisation et la vie de l'Église. En général, ces constitutions impériales, de même que les portions les plus pertinentes de la tradition légale romaine, ont toutes trouvé leur compilation ultime au cours du VIe siècle, pendant le règne de Justinien[5]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude.*)

L'office et la fonction de l'évêque évoluèrent de même que ses responsabilités vis-à-vis les chrétiens dans les domaines désignés, « en conformité

[3] Voir A.C. Diacetis, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases: Historical Reflections, Contemporary Developments, and Future Possibilities*, Washington D.C., The Catholic University of America Press 1977 (= Diacetis, *Judgment of Formal Matrimonial Cases*), 15-19 et 46-47.

[4] « On présume que les tribunaux l'Église, n'ayant d'autre modèle que celui des cours civiles provinciales ou urbaines, se reposaient sur elles pour régler les disputes au for externe … À mesure que la notion de la nécessité de plaintes écrites se faisait jour chez les citoyens et les populations sujettes à Rome constituant les générations proches de Justinien, on peut légitimement présumer que les tribunaux ecclésiastiques de la même période ont procédé dans ces affaires à peu près de la même manière que les cours civiles (quoique les sources soient silencieuses en ce qui concerne les plaintes écrites dans les affaires qui ne relevaient pas du domaine criminel ou disciplinaire). L'influence des lois et des pratiques procédurales sur les procès judiciaires de l'Église ne peut être remise en question. On peut retrouver sans difficulté la réaction et l'influence mutuelles résultant de l'alliance étroite qui a uni l'Église et l'État à la suite de l'Édit de Milan (313) ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude.*) J.J. Kealy, *The Introductory Libellus in Church Court Procedure. An Historical Synopsis and Commentary*, Washington D.C., Catholic University of America 1937 (= Kealy, *Introductory Libellus*), 10-11. Voir aussi F. Roberti, *De processibus. Opus ad codicis schemata exactum SS. Congregationum instructionibus normisque S.R. Rotae conlatis iurisprudentia tribunalium apostolicorum inspecta et cum iure canonico orientali comparatum.* Vol. I : *De actione. De praesuppositis processus et sententiae de merito*, 4th édition, Rome, Apud Custodiam Librariam Pontificii Instituti Utriusque Iuris 1956 (= Roberti, *De processibus*), 1-2; voir aussi G.H. Joyce, *Christian Marriage*, 2nd édition, London, Sheed and Ward 1948 (= Joyce, *Christian Marriage*), 215-217.

[5] R.C. Figueira, *The Canon Law of Medieval Papal Legation*, Ithaka N.Y., Cornell University 1980, 129.

avec les unités gouvernementales civiles des cités »[6]; il devint aussi le juge ordinaire dans son diocèse[7]. Il pouvait également mandater des personnes qualifiées pour agir comme juges dans son tribunal. De plus, le pape Grégoire Ier confirma en 603 que les principes essentiels du droit romain classique devaient être observés pour les litiges qui avaient trait à des affaires ecclésiastiques. Il insista sur le devoir de rechercher la vérité dans chaque procès et que le droit de défense de l'accusé devait être protégé. Tout accusé devait être cité en de nombreuses occasions au cours du procès avant que la sentence ne soit rendue. Maintenant, il devenait en outre possible d'en appeler du jugement ou de déposer une plainte de nullité de la sentence. La procédure matrimoniale elle-même s'appuyait toujours sur le droit romain classique et reconnaissait deux phases : celle du droit de défense et celle du jugement. Sanson fait ce commentaire : « Le but du droit de défense était de clarifier l'objet de la controverse et de déterminer quelle loi était applicable. La conclusion de cette première phase, l'enquête juridique, était la "contestation du litige" (*litis contestatio*)[8]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

Il était nécessaire pour le juge de déterminer les deux aspects avant que ne puisse commencer la phase du jugement. L'étape préliminaire se concluait par la « contestation du litige » et la deuxième étape par l'audition formelle de la preuve et le jugement. Sanson maintient que cette première étape peut se comparer à l'enquête préliminaire actuelle[9], « qui doit faire une première évaluation des motifs juridiques applicables et déterminer s'il y a lieu, en surface, d'en arriver à une déclaration judiciaire, non pas basée sur les mérites de la preuve, mais au moins sur l'existence des faits ou de la preuve[10] ».

6 Ibid.

7 « L'évêque était sans aucun doute le juge approprié dans ces domaines [c.-à-d. les causes matrimoniales chez les chrétiens] car il était le juge reconnu dans chaque communauté. Les premières procédures ecclésiastiques doivent avoir été des procès informels où on observait la substance de la justice et la procédure judiciaire ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) KAY, *Matrimonial Procedure*, 49. Voir aussi H.F. DUGAN, *The Judiciary Department of the Diocesan Curia*, Washington D.C., The Catholic University of America Press 1925 (= DUGAN, *The Judiciary Department*), 8-9.

8 R.J. SANSON, *A Preliminary Investigation in Marriage Nullity Trials*, Ottawa, Saint Paul University, Faculty of Canon Law, 1976 (= SANSON, *Preliminary Investigation*), 3.

9 On utilisait deux termes différents: « examen préliminaire » et « enquête préliminaire ». Les deux termes étaient interchangeables et possédaient le même sens dans une procédure visant à obtenir la déclaration de nullité d'un mariage. Par souci de cohérence, on utilise le terme « enquête préliminaire », à moins qu'il ne s'agisse de la citation d'un auteur qui utilise le terme « investigation préliminaire ».

10 SANSON, *Preliminary Investigation*, 4.

La procédure extraordinaire du droit romain peut être considérée comme une source de la procédure ordinaire en droit canonique. Cette procédure voulait « que les parties se présentent pour une « cognitio », une audience judiciaire. Elles faisaient valoir leurs arguments et exposaient les faits sur lesquels elles s'appuyaient. La conclusion de cette étape était apparemment la *litis contestatio*, mais avec des effets très modifiés. Une période aussi définie n'était pas satisfaisante et Justinien décida, en fait, que la contestation du litige devait survenir lorsque les parties avaient prêté serment contre la calomnie[11] ». La procédure ordinaire adopta plusieurs de ces aspects : le juge ecclésiastique évaluait les motifs juridiques qui pouvaient s'appliquer au cas et les éléments de preuve fournis avant la contestation de la cause. Cette *litis contestatio* était un aspect important de la première étape dans la procédure ordinaire, parce qu'elle déterminait les chefs de la cause et terminait la phase de l'introduction[12].

> Quant à la procédure judiciaire, les quatre siècles avant le Décret de Gratien, c'est-à-dire du VIIe au XIe siècle, se distinguaient par deux caractéristiques : 1) la réaffirmation de la législation des synodes particuliers et des conciles provinciaux du passé, et 2) une amélioration du droit procédural due en grande partie à l'implantation du droit romain, par le pape Grégoire le Grand, en tant que norme subsidiaire pour les procédures judiciaires (…) et les importantes influences germaniques du IXe et du Xe siècle[13]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

Au XIe siècle, la compétence des tribunaux de l'Église s'étendit pour inclure une juridiction non seulement sur le clergé, mais sur tous les fidèles chrétiens, en matière des causes dites *causae spirituales*, par exemple le mariage, les offices ecclésiastiques, les bénéfices et les causes dites *causae spiritualibus adnexae*, comme, par exemple, les fiançailles, les questions visant le patronage, des problèmes regardant d'autres biens temporels, etc.[14] À la fin du XIe siècle[15], Yves de Chartres prépara les premières règles exhaustives concernant les procédures de nullité de mariage[16]. À partir du

11 Ibid., 9.

12 Voir aussi KAY, *Matrimonial Procedure*, 6-8.

13 DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 19.

14 Joyce admet que, bien que les tribunaux épiscopaux soient généralement reconnus au Xe siècle comme étant une autorité compétente, plusieurs tribunaux régionaux civils continuaient d'exercer une juridiction dans ces causes spirituelles, et ce, aussi loin qu'au milieu du XIe siècle. Voir JOYCE, *Christian Marriage*, 225.

15 Sur la réforme du XIe siècle, voir U.-R. BLUMENTHAL, « The Papacy and Canon Law in the Eleventh-Century Reform, » dans *Catholic Historical Review*, 84 (1998), 201-218. Sur le *libelle* dans l'Église primitive et sur le Décret de Gratien, voir KEALY, *Introductory Libellus*, 12-15.

16 See C. ROLKER, *Canon Law and the Letters of Ivo of Chartres*, New York, Cambridge University Press 2010, 248-289.

XIIe siècle, le droit de l'Église devint très vaste et de multiples collections virent le jour, mais aucune d'entre elles n'était vraiment uniforme et elles étaient difficiles à utiliser ou elles contenaient des mises au point qu'il était nécessaire de résoudre[17]. Compilé en 1140, le *Concordia Discordantium Canonum* de Gratien était remarquable[18]. Avec lui, « le droit procédural qui règlementait les procès ecclésiastiques en général au temps de Gratien reflétait plusieurs facteurs, principalement les facteurs historiques et doctrinaux »[19]. En dépit des changements et de l'amélioration du droit procédural introduits par Gratien, Diacetis conclut que « au cours du VIIe et jusqu'au XIe siècle, l'Église s'intéressait davantage aux préliminaires du mariage et à sa célébration liturgique qu'au problème de l'échec matrimonial »[20]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

C'est le pape Innocent III qui introduisit la norme générale exigeant une procédure écrite; en d'autres mots, le procès tout entier devait être consigné par écrit[21], de même que l'exécution des sentences ecclésiastiques. Ihli fait le commentaire suivant: « en plus des témoins, des documents, une inspection judiciaire et des experts pouvaient être acceptés comme preuve. Si une preuve pleine et entière ne pouvait être obtenue, on pouvait exiger que celui qui avait le fardeau de la preuve prête serment. En plus de la procédure ordinaire, une procédure sommaire fut aussi élaborée pour certaines causes …[22] ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

[17] Diacetis donne un exemple qui a mené à la compilation de Gratien permettant de résoudre une question au niveau local: « L'Évêque était tellement surchargé par les affaires judiciaires qu'il institua des tribunaux délégués constitués d'archidiacres, de doyens, d'archiprêtres et de prélats de rang inférieur. À l'origine, ces membres du bas clergé étaient destinés à agir comme délégués de l'Évêque, mais ils en vinrent à considérer leur juridiction comme étant ordinaire et leurs tribunaux, comme des tribunaux de première instance dont l'appel pouvait être logé au tribunal de l'Évêque à partir des leurs. Ils n'hésitaient pas non plus à juger des causes en présence même de l'Évêque, alors qu'ils avaient été nommés initialement pour s'occuper uniquement des causes où l'Évêque ne pouvait pas être présent. Éventuellement, on mettrait un frein au pouvoir et aux abus de ces tribunaux inférieurs grâce à la législation du IVe Concile du Latran [1215] ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 24.

[18] Voir S. KUTTNER, « The Father of the Science of Canon Law, » dans *Jur*, 1 (1941), 15.

[19] DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 21 et 53-57.

[20] Ibid., 48.

[21] Voir KEALY, *Introductory Libellus*, 15.

[22] S. IHLI, *Kirchliche Gerichtsbarkeit in der Diözese Rottenburg im 19. Jahrhundert. Ein Exempel der Beziehungen zwischen Kirche und monarchischem Staat*, Berlin, LIT Verlag 2008 (= IHLI, *Kirchliche Gerichtsbarkeit*), 29: « Als Beweismittel waren neben Zeugen auch Urkunden, richterlicher Augenschein und Sachverständige zugelassen. War ein voller Beweis nicht zu erbringen, konnte dem Beweispflichtigem auch ein Eid auferlegt werden.

Au cours de la période entre les papes Innocent III[23] et Grégoire IX[24], « les érudits durent colliger et organiser[25] » les différentes collections et règles. Le Pape Grégoire IX nomma Raymond de Peñafort [26] « pour la réorganisation de la législation dans l'Église afin d'assurer un traitement plus expéditif des causes, autant à Rome que dans les curies locales »[27]. Les Décrétales, promulguées en 1234, parlaient de la présentation d'une demande[28] et de l'interdiction de rassembler des preuves chez les témoins avant la *litis contestatio*[29].

Une enquête préliminaire n'était sujette à aucune des règles, mais on peut déjà voir les premières indications de l'existence d'une telle enquête dans ces normes universelles; le *libelle*[30] devait donner des indices sur la nature des chefs à être invoqués et des preuves factuelles devaient être présentées avant la *litis contestatio*, même si on ne permettait pas à des témoins de fournir des preuves formelles à ce stage. Par conséquent, la preuve judiciaire n'était rassemblée qu'après la *litis contestatio*; il n'y avait aucune mention de la permissibilité de rassembler des preuves extrajudiciaires durant la première étape. Une des raisons pour lesquelles des témoins ne pouvaient fournir une déposition judiciaire[31] était que « le juge n'agit pas en tant

Neben dem ordentlichen Gerichtsvefahren wurde ein summarisches Verfahren für bestimmte Fälle entwickelt, das sich bereits in den Clementinen findet. »

23 Voir Roberti, *De processibus*, 21; A.J. Nace, *Invalidity*, 10-16; et Diacetis, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 25-31.

24 Voir Nace, *Invalidity*, 16-30.

25 Sanson, *Preliminary Investigation*, 12.

26 Pour une étude détaillée, voir E.A. Reno III, *The Authoritative Text: Raymond of Penyafort's Editing of the Decretals of Gregory IX (1234)*, New York, Columbia University, 2011.

27 Sanson, *Preliminary Investigation*, 13. Voir aussi Roberti, *De processibus*, 21-24.

28 « Les Décrétales de Grégoire IX (1234) donnent la sanction canonique à la pratique séculaire des tribunaux ecclésiastiques en ce qui concerne le *libelle* (demande). On voit ici dans une forme succincte les lois qui gouvernent le lancement de la procédure. Une demande écrite est désormais obligatoire et les juges ne doivent pas admettre un éventuel plaignant dans un litige sans l'indispensable … et la controverse, ou le comment du nom que doit prendre l'action en justice à être exprimé dans la demande, a été finalement réglée par le droit authentique de Grégoire … le *Liber Sextus* de Boniface VIII (1298) indiquait qu'il est nécessaire que la demande soit claire et distincte et obligeait le juge à prononcer sa sentence en relation avec la demande judiciaire tel que contenue dans libelle ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Kealy, *Introductory Libellus*, 15-16. La sentence du juge constituait donc la réponse à la demande telle que présentée dans le libelle.

29 Voir Sanson, *Preliminary Investigation*, 14-16.

30 Pour une définition du terme *libelle*, voir Kealy, *Introductory Libellus*, 3.

31 Dans certaines circonstances, il était permis aux témoins de présenter des preuves; voir Sanson, *Preliminary Investigation*, 16-18.

qu'enquêteur, mais seulement en tant que délégué pour les affaires auxquelles il est assigné par la commission apostolique »[32].

1.2 — Le procès judiciaire formel et le procès sommaire

Bientôt, deux différentes procédures matrimoniales canoniques se développèrent : un procès judiciaire formel et un procès sommaire (administratif)[33] : « Cette bipolarité devient évidente dans la différence, graduellement perçue, entre un procès strictement judiciaire, dont le jugement vise à déterminer si un mariage avait été validement contracté ou non, et le procès administratif qui s'occupe des mariages pouvant être dissouts par le Pontife Romain[34] ». En raison de l'absence de normes procédurales satisfaisantes, le procès formel s'appuyait encore sur le droit laïc. De plus, la procédure sommaire devenait plus répandue[35]; une demande écrite ou une *litis contestatio* n'étaient pas requises. Une exposition orale était suffisante et il était laissé

[32] Ibid., 15.

[33] Sur le décret *Saepe contingit* portant sur la procédure sommaire et le décret *Dispendiosam prorogationem* de Clement V, voir G. LESAGE, « Procédures matrimoniales d'après le Schéma « De Processibus », » dans *StC*, 11 (1977), 214-216 (= LESAGE, « Procédures matrimoniales »). Voir aussi ROBERTI, *De processibus*, 2-8. Sur l'histoire du procès sommaire, voir T.L. DUPRÉ, *The Summary Process of Canons 1990-1992*, Washington D.C., The Catholic University of America, 1967.

[34] SANSON, *Preliminary Investigation*, 22.

[35] « À l'exception d'un mandat spécial du pape, les formalités des procès canoniques ordinaires ou solennels doivent toujours être observées dans *les causes criminelles et disciplinaires*, le procès sommaire n'étant applicable qu'aux causes civiles. C'est ainsi que le pape Clément V qui, dans sa Constitution *Saepe* (Clem. V. 11), décrit et définit la manière avec laquelle le procès sommaire doit être mené, énumère aussi dans son décret *Dispendiosam* (II. 1) les différents cas qui peuvent être traités d'une façon sommaire. Ces cas se rapportent aux élections ecclésiastiques, nominations à des offices ecclésiastiques et affaires semblables, mais non à la punition de délits ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) S.B. SMITH, *The New Procedure in Criminal and Disciplinary Causes of* Ecclesiasticis *in the United States. Or a clear and Full Explanation of the Instruction* « Cum Magnopere » *Issued by the S. Congr. de Prop. Fide, in 1884, for the United States*, New York and Cincinnati, Fr. Pusted & Co. 1887, 51.
Voir aussi K. PENNINGTON, « Introduction to the Courts, » dans W. HARTMANN et K. PENNINGTON (eds.), *The History of Courts and Procedure in Medieval Canon Law*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 2016, 24-29; et S.B. SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law Compiled with Reference to the Syllabus, The "Const. Apostolicae Sedis" of Pope Pius IX, the Council of the Vatican and the Latest Decisions of the Roman Congregations. Adapted Especially to the Discipline of the Church in the United States.* Vol. II: *Ecclesiastical Trials. Complètement révisé par l'Instruction "Cum Magnopere" and the "Third Plenary Council of Baltimore"*, 5th ed., New York, Cincinnati and Chicago, Benziger Brothers, 1892, 348-349 (= SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*).

à la discrétion du juge de procéder dans cette cause[36]. Cette présentation orale, résumée par écrit par le notaire présent, était réaffirmée par la constitution *Saepe* de Clément V (1312-1314), laquelle « instaurait une procédure sommaire spéciale à utiliser dans les causes de bénéfice et dans d'autres appels au tribunal romain »[37].

> La très grande liberté et discrétion de la part du juge étaient modérées par les garanties générales de procédure du droit civil. Ceci se faisait toujours avec un grand souci pour l'indissolubilité du lien matrimonial et la foi en cette qualité du lien. Par conséquent, on peut comprendre que la transition

[36] « D'après la Constitution *Saepe contingit* (2, *de Verborum significatione*) de Clément V (2), le juge qui procède sommairement peut omettre :

1° le libelle et
2° la contestation du procès.
3° Il peut procéder validement dans la cause même les jours de vacation, ce qui n'est pas permis dans le procès ordinaire.
4° Il peut retrancher, autant qu'il est possible, les causes de délai, repoussant les exceptions, les appels dilatoires qui ne serviraient qu'à traîner l'affaire en longueur, modérant les contentions, les disputes des avocats et des procureurs, et rejetant les témoins inutiles.
5° Il peut omettre la citation *péremptoire* des parties, et se contenter de la citation simple.
6° Il n'est pas obligé de prononcer la sentence étant assis sur son siège ; il peut validement la prononcer étant debout.
7° Il peut omettre la conclusion dans la cause.

Mais cette même Constitution de Clément V observe :

1° Que le juge ne doit pas abréger le procès à ce point de ne pas admettre les preuves nécessaires et les défenses légitimes.
2° Il ne peut omettre la citation,
3° ni la prestation du serment (soit de calomnie et de malice, soit de vérité) *ne veritas occultetur*, dit Clément V (1).
4° Si le plaignant demande quelque chose au commencement, soit par écrit, soit verbalement, sa *pétition* doit être aussitôt insérée dans les actes.
5° Comme dans le procès ordinaire, les parties observent le droit de présenter des *positions* et des articles.
6° Par conséquent, le juge doit accorder un terme pour présenter ces positions et ces articles ; mais il peut n'assigner qu'un terme unique pour présenter simultanément et les positions et les articles.
7° Pour les exceptions et les appels, le droit demeure le même que dans le procès ordinaire. »

P.J. Brillaud, *Manuel de la juridiction ecclésiastique au for extérieur et spécialement au for contentieux. Avec Appendice sur les Règles du Droit*, Paris, P. Lethielleux 1885, 343-344.

[37] J.R. Wright, *The Church and the English Crown. 1305-1334. A Study Based on the Register of Archbishop Walter Reynolds*, Toronto, Pontifical Institute of Mediaeval Studies 1980, 138.

> à partir du procès ordinaire au procès sommaire à caractère administratif n'était certainementpas universelle, même si elle était assez répandue[38].

Il n'y eut pas beaucoup de changements en matière de procédures matrimoniales entre le XIIe et le XVIIe siècle[39]. Gordon précise que la Sacrée Rote romaine devint plus influente au XVIIe siècle en utilisant d'une manière prédominante le procès sommaire[40].

Par la constitution *Dei miseratione*[41], Benoît XIV promulguait une nouvelle législation universelle sur les procédures matrimoniales. Il créait aussi l'office du « défenseur du mariage » qui devait a) apporter des arguments en faveur de la validité du mariage en question, b) voir à ce que la loi sur la procédure soit observée et c) en appeler de toutes les décisions de nullité.

> En plus du défenseur du lien, le pape Benoît déclarait que deux sentences conformes étaient requises avant que les parties ne puissent contracter une deuxième union, et même là, la sentence dans une cause de nullité de mariage n'était jamais considérée comme une décision finale et définitive [res iudicata] … Toutefois, dans toutes ses réformes, Benoît XIV ne fit jamais mention de la nécessité qu'il y ait plus d'un juge pour décider d'une cause, même si certains tribunaux utilisaient déjà plusieurs juges, particulièrement à la curie romaine[42].

38 SANSON, *Preliminary Investigation*, 24.

39 Sur la période du nationalisme (1300-1789), voir KAY, *Matrimonial Procedure*, 8-14, 53-56; sur le pouvoir ordinaire de l'Évêque en tant que juge, voir C. REID, *Rights in Thirteenth-Century Canon Law: An Historical Investigation*, Ithaka N.Y., Cornell University 1995, 208-216; sur l'impact du Concile de Trente sur les procédures judiciaires en général, voir DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 40-42. La session XIV, de matrimonio, c. 12, du Concile de Trente « déclarait que les causes matrimoniales appartenaient exclusivement aux juges ecclésiastiques. Le Concile reconnaissait en outre le conflit entre les évêques et les prélats de rang inférieur. Les doyens, les archidiacres et les autres prélats inférieurs se voyaient maintenant privés de leur compétence par le droit général, tant dans les causes criminelles que matrimoniales. Il était clairement établi que le tribunal de première instance pour toutes les causes allait être exclusivement celui de l'Ordinaire du lieu ». Ibid., 64-65. Le Concile créait également le système des juges synodaux : « Afin d'affermir encore davantage la réforme de Boniface VIII quant à la qualité des juges délégués, le Concile prescrivait que, dans tous les synodes provinciaux ou diocésains, il devrait y avoir au moins quatre juges provenant de chaque diocèse qui se chargeraient des causes spirituelles et ecclésiastiques. Ces juges s'appelleraient *judices synodales* ». Ibid., 65-66.

40 Voir I. GORDON, *De Processibus, Annotationes in L. IV Codicis Juris Canonici*, Rome, Pontificia Universitas Gregoriana 1965-1966, 10; et KAY, *Matrimonial Procedure*, 56-57. Sur les différences entre les mariages du rite latin, grec et protestant à la fin du XVIIIe siècle, voir C.F. ROSSHIRT, *Beiträge zum Kirchenrecht*, Heidelberg, J.C.B. Mohr 1863, 42-48.

41 BENEDICT XIV, Constitution *Dei miseratione*, 3 novembre 1741, dans SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, 430-436. Voir aussi F. ROBERTI, *De processibus*, 25; et A.J. NACE, *Invalidity*, 37-39.

42 DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 74.

La constitution *Dei miseratione* donnait une indication supplémentaire concernant une enquête préliminaire extrajudiciaire[43], bien que cela n'ait pas été explicitement spécifié : « En présence de ces ordonnances solennelles, nous pouvons percevoir à quel point un confesseur ou un recteur agirait de façon absurde en décidant de son propre chef de la validité ou de la nullité d'un mariage. Et un corollaire à cette conclusion est que, dans chaque diocèse, on devrait fournir les moyens de régler les causes matrimoniales de façon expéditive et adéquate. Justice retardée, c'est justice niée. Aucune action ne devrait être entreprise contre la validité d'un mariage jusqu'à ce que, *extrajudicialiter*, il n'existe des fondements probables de cette nullité »[44].

En réaffirmant la constitution *Dei miseratione*, la Sacrée Congrégation du Concile émit le 22 août 1840 l'Instruction *Cum moneat glossa* qui mettait en relief l'observance des normes de procédure matrimoniales[45]. L'Instruction n'abordait pas le sujet de l'enquête préliminaire, mais se concentrait plutôt sur la pétition qui était ensuite immédiatement suivie par les interrogations judiciaires. Sanson précise que : « On peut raisonnablement argumenter que l'Évêque devrait avoir une opinion raisonnablement claire sur les possibilités d'une cause avant de mettre en branle un processus aussi lourd. On peut de même comparer cette opinion avec le jugement semblable qu'il devrait former avant d'envoyer directement une demande de dispense au Saint-Père, un processus également sérieux et important. Mais il ne semble pas y avoir aucune procédure officielle ou même coutumière pour obtenir des renseignements préliminaires afin de former cette opinion[46] ». À partir de *Dei miseratione*, l'Instruction réitérait aussi la fonction de l'Évêque dans une cause de nullité de mariage. Non seulement appartenait-il à l'Évêque de prononcer la sentence finale, mais il devait aussi rassembler les actes de la cause, soit personnellement, soit par délégation. L'instruction de la cause reviendrait alors au juge délégué par l'Évêque, « c'est-à-dire un auditeur plutôt qu'un juge »[47].

43 Voir SANSON, *Preliminary Investigation*, 25-26. Voir aussi J. KAMAS, *The Separation of the Spouses with the Bond Remaining. Historical and Canonical Study with Pastoral Applications*, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana 1997, 136-137; et SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, 394-395.

44 Voir R.L.B., « Matrimonial Causes, » dans *The Pastor*, IV (1885), 187.

45 L'instruction se concentrait principalement sur les procédures de non-consommation; voir aussi D.L. D'AVRAY, *Rationalities in History. A Weberian Essay in Comparison*, New York, Cambridge University Press 2010, 175-176; voir SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, 436-441; et KAY, *Matrimonial Procedure*, 57.

46 SANSON, *Preliminary Investigation*, 28.

47 DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 80.

1.3 — Le *Commissarius* dans l'Instruction autrichienne (1855/1856)

L'Instruction autrichienne du cardinal archevêque de Vienne Joseph Othmar von Rauscher, laquelle faisait partie d'un concordat entre le pape Pie IX et l'empereur d'Autriche Franz Joseph Ier [48], fut reconnue en 1855 par le Saint-Siège[49] et appliquée dans l'empire autrichien tout entier[50]. Cette Instruction ne contenait pas de nouvelles lois, mais était une compilation des « diverses lois ecclésiastiques en vigueur à ce moment-là, avec le meilleur éventail de jurisprudence et de procédures des offices du Vatican et avec l'aide de canonistes reconnus »[51].

Pour la première fois dans l'histoire de l'Église, une Instruction parlait d'une enquête préliminaire canoniquement établie dans le contexte des procédures matrimoniales. Cette Instruction se concentrait principalement sur les procédures de défaut de forme et sur la découverte d'empêchements, et non pas tant sur les procédures de nullité de mariage[52]. Quel que soit le cas,

[48] « La ratification du concordat eut lieu le 25 septembre 1855 et 'l'Instruction autrichienne' fut officiellement sanctionnée par l'empereur Franz Joseph le 8 octobre 1856. Le document original (Urtext) était en latin, avec une traduction en allemand. Les versions latine et allemande apparurent sur des colonnes parallèles dans le périodique nouvellement créé sous le titre d'Archiv für Katholisches Kirchenrecht, mit besonderer Rücksicht auf Oesterreich ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) SANSON, *Preliminary Investigation*, 33.

[49] Le concordat demeura en vigueur pendant approximativement 15 ans, jusqu'à ce qu'il soit révoqué en 1870. Néanmoins, l'Instruction sur les procédures de nullité de mariage demeura applicable. Déjà, en 1856, elle avait été envoyée à tous les évêques de l'empire autrichien par le cardinal Viale-Prelàs. Les évêques acceptèrent l'Instruction et elle fut mise à exécution en tant que droit particulier pour les diocèses. Déjà, au cours de la période de la rédaction, il était devenu apparent que le Saint-Siège n'était pas très en faveur de l'Instruction et, par conséquent, il n'avait donné que la reconnaissance. Il demeure à voir si les évêques autrichiens pouvaient avoir prévu l'échec du concordat et avaient cherché à « protéger » l'Instruction en la promulguant de plus en tant que droit particulier, *praeter legem*, et donc dans le champ d'application d'un droit indépendant du législateur universel, faisant ainsi une distinction additionnelle entre le caractère plutôt civil du concordat et le *ius ecclesiasticum commune* d'une Instruction promulguée en tant que droit particulier. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Sur les discussions, voir J. HAHN, *Das Richteramt – Rechtsgestalt, Theorie und Theologie*, Beiheft 74 zum Münsterrischen Kommentar zum CIC, Essen, Ludgerus Verlag 2017, 272-273.
Voir aussi IHLI, *Kirchliche Gerichtsbarkeit*, 34-35, J.F. SCHULTE, « Darstellung des Eheprocesses bei den geistl. Gerichten des Kaiserthums Oesterreich, » dans *AkK*, 1 (1857), 151-154 (= SCHULTE, « Darstellung des Eheprocesses »); KAY, *Matrimonial Procedure*, 57-58 et NACE, *Invalidity*, 39-47.

[50] Voir S. CIPRIANI, *Instructio Matrimonialis Rev.mi Domini Rauscher, Archiepiscopi Vindobonensis (1853-1856)*, Rome, Officium Libri Catholici 1952, 101-153.

[51] SANSON, *Preliminary Investigation*, 33.

[52] Pour un commentaire initial sur la nouvelle procédure de nullité de mariage selon l'Instruction autrichienne, voir SCHULTE, « Darstellung des Eheprocesses, » 145-161, 346-365.

l'Instruction prescrit qu'un [procès matrimonial] soit précédé d'une enquête préliminaire qu'elle appelle au § 142 '*disquisitio praevia*', et '*praevia inquisitio*' au § 143 »[53]. Le § 126 indiquait qu'une pétition devait inclure une preuve factuelle sur laquelle se basait la nullité alléguée. Par conséquent, le tribunal devait vérifier les mérites de la pétition (§ 127) pour ensuite, soit l'accepter, soit la rejeter (§§ 137-138). Les deux raisons qui justifiaient un rejet « seront reprises dans l'Instruction *Provida Mater* de 1936; 1) les faits, bien qu'ils soient véridiques, ne rendent pas le mariage invalide; 2) la fausseté des allégations est apparente »[54].

Le *commissaire* était la personne responsable pour mener l'enquête préliminaire; le § 140 déclarait: « Chaque fois qu'il doit y avoir une enquête sur la validité d'un mariage, le tribunal matrimonial devra nommer un commissaire qui fera ressortir l'examen des faits »[55]. Le terme *commissarius* dérive de *committere*[56] qui signifie « confier une mission à quelqu'un ». Le terme français « commissaire » signifie principalement « celui à qui est confié une charge ou un office par une autorité supérieure »[57]. Le mandat d'exercer la fonction de *commissarius* dans une procédure de nullité de mariage pouvait être délégué à un office ou à un individu qui devait vérifier les faits allégués qui avaient été présentés par le demandeur.

1.4 — Le *Commissarius* dans le diocèse de Leitmeritz, en Autriche (1857)

Le 27 janvier 1857 étaient promulguées, pour le diocèse de Leitmeritz, en Autriche, les « Instructions sur la procédure à suivre par le Commissaire épiscopal dans les procès de divorce »[58]. L'introduction précisait que les dispositions

[53] Sanson, *Preliminary Investigation*, 34.

[54] Ibid., 36.

[55] « § 140. Quoties in valorem matrimonii alicujus inquirendum erit, tribunali matrimoniale commissarium ad quaestionem facti eruendam nominet. » Version française fournie par l'auteur de cette étude de la traduction anglaise du latin que fait Sanson, *Preliminary Investigation*, 36.

[56] Il est intéressant de noter que, bien que le Code de droit canonique de 1917 ne reconnaissait pas une enquête préliminaire ou un commissaire dans le contexte des procédures en nullité de mariage, le terme *committere* est « utilisé au canon 1940 du Code de droit canonique pour la délégation d'un commissaire pour des enquêtes préliminaires criminelles » et, par conséquent, est reconnu dans le contexte de procédures criminelles avec une fonction semblable à celle décrite dans l'Instruction autrichienne sur les procédures de nullité matrimoniale. Voir ibid., 36, note de bas de page 69.

[57] Ibid., 36-37.

[58] Weisungen über das von den bischöflichen Untersuchungs-Commissären in Scheidungsklagen einzuhaltende Verfahren, dans *AkK*, 1 (1857), 186-192, 226-235 (= Von den bischöflichen Untersuchungs-Commissären). Ces instructions étaient signées par J. Lauermann, Präses, et J. Ginsel, « Rath » du tribunal matrimonial diocésain.

canoniques devaient être observées pour la validité du procès lui-même. De plus, et aussi pour la validité, d'autres éléments essentiels étaient exposés que le commissaire ou, s'il était délégué, le curé de la région, devait respecter[59]. Le commissaire accueillait la « demande » adressée au tribunal épiscopal seulement si a) le curé ne pouvait aider les parties concernées à se réconcilier, et b) le même curé soumettait un rapport au commissaire[60]. L'article 2 portait sur la « demande » et les renseignements supplémentaires qui devaient être remis au commissaire: la « demande » devait être faite par écrit, mais pouvait aussi être donnée oralement et inscrite au dossier, et expliquer la cause, les motifs et fournir la preuve soutenant[61]. Par conséquent, le commissaire était responsable de mener l'enquête préliminaire.

Une fois que cette « demande » avait pleinement rempli les exigences requises, le commissaire acceptait la pétition et devait tenter de l'amener à conclusion par un procès sommaire qui, comme l'indiquait l'article 3, « est beaucoup moins onéreux qu'un procès judiciaire formel ». Le commissaire devait essayer de terminer une cause par procès sommaire, même s'il devait citer le requérant et rassembler les preuves de la part de témoins, et même s'il s'agissait d'une recherche de témoins « désagréable et longue »[62].

[59] « Da das Kirchengesetz nicht nur die *Form* des bei Ehestreitsachen einzuhaltenden Verfahrens bestimmt, sondern auch einige Stücke desselben für so *wesentlich* erklärt, dass von Beobachtung derselben die *Gültigkeit des ganzen Verfahrens* abhängt, so sieht man sich veranlasst, den … zur Vornahme der Untersuchung von Scheidungsklagen bestellten bischöflichen Herren Commissären folgende Weisungen über den Gang des von ihnen einzuhaltenden Verfahrens mitzutheilen, an welche sich Dieselben, so wie in Delegationsfällen (…) auch die Pfarrer des Bezirkes genau zu halten haben. » Von den bischöflichen Untersuchungs-Commissären, 186.

[60] « Da eine Klage auf Scheidung bei dem bischöflichen Commissär (…) nur nach den von Seiten des Pfarrers fruchtlos gepflogenen Bemühungen zur Aussöhnung der Eheleute anhängig gemacht warden kann, so ist eine solche stets nur in Folge des erstatteten pfarrlichen Berichtes anzunehmen. » Ibid.

[61] « Wie aber die entweder schriftlich eingereichte oder mündlich zu Protokoll gegebene Klage instruirt sein müsse, nämlich dass die Ursache, auf welche der Kläger sein Gesuch um Scheidung stützet, und die Gründe, mit denen er dasselbe motivirt, so wie die Beweismittel für diese Gründe in der Klage namhaft gemacht sein müssen, ist des Weiteren in der genannten Anordnung (…) auseinander gesetzt, worauf hiermit verwiesen wird. » Ibid., 186-187.

[62] « Ist das Gesuch gehörig und vollständig instruirt, so hat der Untersuchungscommissär der Klage Folge zu geben und den Versuch zu machen, auf dem Wege des summarischen Verfahrens (…) die Angelegenheit zu Ende zu führen. Dieser Versuch muss jedenfalls gemacht werden, und der Commissär hat Alles anzuwenden, um summarisch die Streitsachen zu beendigen. Er darf daher auch nicht unterlassen, den streitenden Ehegatten vorzustellen, mit welch' unangenehmen Schritten, lästigen und zeitraubenden Laufereien für sie und Andere, die sie als Zeugen in Anspruch nehmen, und mit welch' nicht geringen Kosten es für sie verbunden sein werde, wenn sie es auf einen förmlichen Process würden ankommen lassen. » Ibid., 187-188.

Au cas où le commissaire ne se voyait pas capable d'en arriver à une conclusion par procès sommaire, il ouvrait un procès judiciaire formel selon l'article 4. Le défendeur devait être cité et avait entre 14 et 30 jours pour répondre. Selon l'article 5, le défendeur pouvait faire objection aux preuves ou aux témoins présentés par le demandeur. L'objection sous forme d'exception était transmise au demandeur et la réponse du demandeur devait être remise au répondant[63]. Conformément aux articles 6-8, le commissaire était obligé de vérifier l'admissibilité et la crédibilité des témoins présentés par le demandeur et le défendeur[64]. Une fois que les témoins avaient été confirmés, le procès se poursuivait par la citation des parties et des témoins[65]. Selon l'article 11, le commissaire devait recevoir la prestation de serment de la part de chacun des participants avant de recevoir leur déposition (articles 12-19). Chaque déposition devait être signée par le témoin, le commissaire et un « actuar »[66].

La collecte des preuves concluait la phase instructionnelle du procès. Le commissaire avait la responsabilité de voir à ce que soit initiée l'étape suivante de la procédure de nullité de mariage (article 21) en transmettant le dossier au tribunal ecclésiastique pour que se poursuive l'instruction et que soit rendu le jugement, selon l'article 23[67].

1.5 — Le *Commissarius* dans le diocèse de Brünn, en Autriche (1857)

Le 25 décembre 1857, l'évêque Anton Ernest décrétait que, pour son diocèse de Brünn, en Autriche, chaque doyen de district serait commissaire épiscopal délégué pour mener la phase préliminaire et instructionnelle d'un procès de mariage[68] si elle ne pouvait être traitée par le tribunal diocésain à Brünn. Ceux qui désiraient introduire une procédure matrimoniale pouvaient

63 Voir ibid., 188-189.

64 « Ein Einrede (Exception) und Duplik des Beklagten, sowie die Replik des Klägers betrifft nebst den Beweisartikeln die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der vom Gegentheil namhaft gemachten Zeugen. Daher muss der Untersuchungscommissär darüber erkennen, ob die von den Parteien namhaft gemachten Zeugen solche Personen seien, welche das Kirchengesetz zur Zeugenschaft zulässt; … Der Untersuchungscommissär muss sich daher folgende Grundsätze des gemeinen Kirchenrechts über die Zulässigkeit oder Tüchtigkeit der Zeugen vor Augen halten. » Ibid., 189-190.

65 Ibid., 226-227.

66 Voir ibid., 234.

67 « Schliesslich warden die bischöflichen Herren Untersuchungscommissäre angewiesen, jede bei ihnen anhängig gemachte Scheidungsklage unter Angabe des Gegenstandes dem bischöflichen Ehegerichte anzuzeigen. » Ibid., 235.

68 A. Ernest, Décret du 25 décembre 1857, dans *AkK*, 1 (1857), 248 (= Ernest, « Décret du 25 décembre 1857 »).

entrer en contact, soit avec le tribunal ecclésiastique lui-même, soit avec le commissaire de leur lieu de domicile et soumettre leur demande par écrit ou oralement. Le commissaire devait accepter la requête s'il avait la preuve que des tentatives de réconciliation avaient été faites[69].

Le commissaire devait valider sa compétence pour accepter la cause. S'il était compétent, il devait s'assurer que le demandeur avait le droit de subir un procès. Il devait aussi s'enquérir de la raison pour laquelle le demandeur voulait commencer une procédure matrimoniale de nullité de même que de l'existence des preuves qui appuyaient la demande. Des preuves additionnelles étaient colligées sous la forme d'aveux du défendeur, de preuves documentaires de même que de dépositions de témoins. Si le commissaire ne pouvait découvrir de preuve factuelle ou favorable, ou les deux, il devait informer le demandeur du risque à voir le tribunal rejeter la pétition. S'il apparaissait que des preuves factuelles ou favorables existaient, le commissaire commençait le processus par l'enquête préliminaire. À la fin de l'enquête préliminaire, il remettait le dossier complet au tribunal ecclésiastique[70].

Dans le contexte de l'enquête préliminaire, au cours de laquelle le commissaire tentait de trouver une preuve factuelle ou favorable à la demande, il devait aussi essayer de conclure la cause sans avoir à la soumettre au tribunal ecclésiastique pour un procès judiciaire formel[71]. Par conséquent, il devait a) convaincre le demandeur de retirer sa demande, b) convaincre le défendeur de faire des aveux judiciaires, ou c) trouver une preuve basée sur des documents[72]. Selon l'Évêque Ernest, ceci constituait l'essentiel de la fonction du commissaire[73].

69 « Die Anweisung stellt es § 215 in die Willkür jener Gatten, die eine Scheidung von Tisch und Bett erzielen wollen, ob sie ihr darauf gerichtetes Gesuch bei dem Ehegerichte oder bei dem *Commissär*, in dessen Bezirke sie ihren Wohnsitz haben, schriftlich einreichen oder mündlich zu Protokoll geben wollen. Die erste Fuction des bischöflichen Commissärs besteht also darin, das ser das ihm überreichte (…) schriftliche Gesuch eines … Gatten … entgegennehme, oder falls der Gesuchsteller es wünscht, dieses mündlich gestellte Gesuch zu Protokoll nehme. Es versteht sich von selbst, dass der bischöfliche Commissär sich hiezu erst dann verstehen könne, wenn der Gesuchsteller sich den … Aussöhnungsversuchen unterzogen hat. » Ibid., 249.

70 Ibid., 249-250.

71 « Die Voruntersuchung im Scheidungsprocesse hat aber noch eine weitere Aufgabe … Zuerst ist der Versuch zu machen, die Angelegenheit ohne eigentliches Beweisverfahren zu Ende zu führen. » Ibid., 250-251.

72 « Diesen Erfolg führt der bischöfliche Commissär herbei, wenn es ihm gelingt, den klagenden Gatten zur Zurücknahme der Scheidungsklage zu bewegen, oder den beklagten Gatten zum Geständnisse der entscheidenden Thatumstände zu bringen, oder wenn er den letzteren aus Urkunden, deren Echtheit anerkannt wird, dieser Thatumstände zu überweisen im Stande ist. » Ibid., 251.

73 « Hiermit ist das Ziel der Wirksamkeit des bischöflichen Commissärs bezeichnet, welches er in der ihm übertragenen Voruntersuchung zu verfolgen hat. » Ibid.

Le commissaire réunissait les preuves factuelles ou favorables à la demande qui avait été présentée par le requérant pendant l'enquête préliminaire en interrogeant individuellement les parties et les témoins[74]; à cette étape, les parties ou les témoins n'avaient pas à prêter serment[75]. Le résultat de cette enquête préliminaire devait être remis au tribunal ecclésiastique, ce qui mettait fin à l'implication du commissaire[76].

2 — *L'enquête préliminaire avant et dans le Code de droit canonique de 1917*

Le droit universel gardait toujours le silence sur la question de l'enquête préliminaire dans le cadre des procédures de nullité de mariage. Vers la fin du XIX[e] siècle, le modèle tel que mis de l'avant dans l'Instruction autrichienne apparaissait comme une ligne directrice pour au moins la législation particulière et l'office d'auditeur devint plus important dans ce contexte. En général, on peut trouver des éléments de l'enquête préliminaire dans le cadre du *libelle* qui devait être présenté à l'autorité ecclésiastique compétente qui, avant de l'accepter, devait rassembler des preuves extrajudiciaires pouvant appuyer la demande ou non[77].

[74] Le commissaire avait toute discrétion pour mener l'instruction dans le cadre de l'enquête préliminaire et n'était pas soumis aux règles du procès formel. Voir ibid., 254.

[75] Voir ibid., 251-253.

[76] « Das Ergebniss der Voruntersuchung, beziehungsweise das über dieselbe aufgenommene Protokoll, hat der bischöfliche Commissär dem Ehegerichte vorzulegen (…) womit seine hilfsrichterliche Thätigkeit ihr Ende erreicht. » Ibid., 253.

[77] Boudinhon fait ce commentaire sur la procédure en France : « La première démarche que fait celui qui croit pouvoir prouver la nullité de son mariage est d'introduire sa cause devant l'officialité diocésaine compétente, par une demande écrite contenant l'exposé sommaire de la nullité qu'il invoque, et des principaux chefs de preuves qu'il se propose d'alléguer à l'appui… Vient alors l'enquête, qui commence par l'interrogatoire du demandeur, suivi de la déposition de son conjoint. Ce dernier peut, ou se porter partie défenderesse, faisant ainsi cause commune avec le défenseur du mariage, ou adhérer à la demande, laissant ainsi tout le soin de la défense à l'avocat du lien, ou enfin s'abstenir. Les dépositions des deux époux sont considérées, non comme des preuves, mais comme la base de l'instruction et de tout le procès. Les affirmations tendant à prouver que le mariage a été conclu avec un empêchement dirimant doivent être alors corroborées et confirmées par les dépositions des témoins produits par le demandeur ou cités d'office, par les documents et écritures divers, dans certains cas, par des dépositions et expertises médicales; en un mot, par toutes sortes de preuves juridiques… Le juge est muni d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la valeur juridique des preuves…. Quand l'instruction de la cause est complète, quand de part et d'autre on renonce à produire de nouveaux témoins et de nouveaux documents, le juge déclare l'enquête close, en donne avis aux parties intéressées, après quoi le dossier entier

2.1 — Le Troisième Concile plénier de Baltimore (1884)

La source principale du Troisième Concile plénier de Baltimore, au *titulus X – de judiciis ecclesiasticis*, était la constitution *Dei miseratione* de Benoît XIV, laquelle ne parlait pas directement d'une enquête préliminaire, mais faisait référence à la preuve extrajudiciaire colligée dans le cadre de la pétition. Une deuxième source du Concile plénier était l'Instruction *Causae matrimoniales* de la Sacrée Congrégation pour la Propagation de la Foi[78]. Au § 5, l'Instruction *Causae matrimoniales* déclarait que l'*accusatio* (« la demande ») devait exposer les faits et d'autres indices appuyant la demande en nommant aussi des témoins au courant des faits, bien informés et francs[79].

En plus de ces deux documents romains, le Concile plénier acceptait aussi le titre 10, § 2, n. 304 de l'Instruction autrichienne de 1855 qui, selon son propre jugement, était recommandée par les théologiens et les canonistes romains. Cette Instruction était considérée *utiliter etiam consulti poterit* (comme pouvant être aussi consultée avec profit)[80]. L'impact de l'Instruction autrichienne devint important pour le Troisième Concile plénier de Baltimore dans le cadre de l'enquête préliminaire[81]. Le n. 305 était très proche du § 9 de *Causae matrimoniales*: c'était l'auditeur ou modérateur qui convoquait le

est communiqué aux conjoints, ou plutôt à leurs avocats. » A. BOUDINHON, *Le mariage religieux et les procès en nullité*, Paris, P. Lethielleux 1900, 46-48.

78 SACRÉE CONGRÉGATION POUR LA PROPAGATION DE LA FOI, *Instructio de iudiciis ecclesiasticis circa caussas matrimoniales*, 1884. Voir SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, 443-456 et KAY, *Matrimonial Procedure*, 61.

79 « § 5. In ea, praeter accuratam facti expositionem, enarranda erunt omnia adjuncta necessaria, et omnia indicia concurrentia; indicandi et nominandi testes de re instructi, ut hoc modo fundamenta accusationis cognoscantur, et via tribunali sternatur veritati detegendae. » SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, 443-444.

80 TROISIÈME CONCILE PLÉNIER DE BALTIMORE, *Titulus X. – de judiciis ecclesiasticis, § 2. In causis matrimonialibus*, n. 304: « In agendis hisce causis pro rei gravitate exacte servetur tum Constitutio Benedicti XIV. *Dei miseratione*, 3 Nov. 1741, tum Instructio a S. Congr. de Prop. Fide Nobis communicate quae incipit *Causae matrimoniales*. Utiliter etiam consuli poterit Instructio pro judiciis ecclesiasticis Imperii Austriaci in causis matrimonialibus, a. 1855 a gravibus theologis et canonistis Romanis, licet solo private suo judicio, commendata. » Voir *Acta et decreta Concilii plenarii Baltimorensis tertii*, Praeside Illmo. ac Revmo. Jacobo Gibbons, Archiepiscopo Balt. et Delegato Apostolico, Baltimore, Typis Joannis Murphy et Sociorum 1886 (= *Acta et decreta Concilii plenarii Baltimorensis tertii*), 174.

81 Le droit de fournir un avocat aux parties était aussi inclus et provenait de l'Instruction autrichienne. Voir n. 307: « Advocatos seu defensores quidem conjugibus adducere fas est, ut sua jura tueantur, eorumque consilio uti, quemadmodum in Instr. S.C. cit., § 23, declaratur. Per se patet advocatos a testibus, eorumque allegata personalia a testimoniis plurimum differe; quodsi vero illi negotium perturbarent, ab actorum moderatore intra justos limites coercendi essent, vel etiam a tribunali excludi possent, ut in superius memorata Instructione Archiep. Viennensis, § 143, monetur. » Voir ibid., 175.

tribunal, citait les parties et les témoins, ordonnait les enquêtes, déléguait les experts qui les menaient et émettait les décrets de compilation exacte des actes; en d'autres mots, l'auditeur ou modérateur fournissait ce qui était nécessaire à une « enquête préliminaire » et au procès judiciaire lui-même qui était la responsabilité des juges[82].

Deux différences principales ressortent qui se distinguent des documents romains : la fonction de l'auditeur acquérait une nouvelle description dans cette législation particulière et on parlait directement de l'enquête préliminaire (« *investigationes* », et « *disquisitione praevia* »).

2.2 — Commentaires sélectionnés sur le Troisième Concile plénier de Baltimore

Un des premiers commentaires qui apparut bientôt après le Troisième Concile plénier provenait de S. B. Smith en 1892, E*lements of Ecclesiastical Law*, volume II portant sur les procès ecclésiastiques. Un juge ecclésiastique[83] recevait de la part de personnes qualifiées en droit « une plainte ou une accusation au sujet de la nullité d'un mariage », et ce, par écrit et incluant une description complète du cas, de même qu'une liste de témoins et des autres preuves[84] » et indiquant si le demandeur ne recherchait qu'une simple séparation *a mensa et toro* ou une annulation[85]. Le demandeur, le défendeur et les témoins étaient cités afin qu'ils donnent leur déposition de façon informelle[86]. Une attention particulière était donnée à la déposition du

[82] « Auditoris seu moderatoris est tribunal convocare, partes et testes citare, ordinare investigationes, viros peritos ad eas instituendas deputare, edere decreta pro recta actorum compilatione; uno verbo, omnia praestare tam in disquisitione praevia, quam in processu probatorio, quae judicis propria sunt. » Voir ibid., 174.

[83] Sur la façon qu'avait un juge ecclésiastique de recevoir une plainte ou une accusation, voir SMITH, *Elements of Ecclesiastical Law*, 396.

[84] Ibid., 395-396.

[85] « En règle générale, un processus préliminaire informel semblable [à l'annulation] a lieu (*processus informativus*), comme il a été montré aussi dans les causes de divorce *a mensa et toro*. Toutefois, l'effet d'une telle enquête préliminaire est quelquefois différent dans les causes de nullité que celui qu'elle produit dans les causes de simple séparation *a mensa et toro*. Car dans ce dernier cas, si le juge, au cours du procès préliminaire, découvre une preuve suffisante, il peut prononcer immédiatement la sentence; alors que dans le premier cas, – c'est-à-dire dans les causes de nullité – le procès véritable ou formel, tel que décrit plus haut, ne peut être omis », à savoir qu'il ne peut être « mené d'une façon sommaire ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Ibid., 399.

[86] « Ce processus préliminaire consiste habituellement dans l'examen informel du couple marié, des témoins des deux parties et de toutes les autres preuves applicables à la cause. Nous disons *informel*, etc.; car les procédures sont informelles et le juge n'est pas obligé

demandeur, qui : « doit, au cours de cet examen, donner sur le cas ou sur les motifs de sa demande d'annulation de mariage un exposé clair et complet, indiquer les différentes sortes de preuves par lesquelles il croit être capable d'appuyer sa requête, indiquer toutes les circonstances qu'il connaît de son propre chef ou qu'il a entendues chez d'autres personnes, et s'il affirme qu'il peut prouver ses assertions grâce au témoignage de témoins, il doit les nommer afin qu'ils soient interrogés ultérieurement »[87].

Cette étape du processus constituait l'enquête préliminaire qui servait à rassembler les faits de la cause, si possible, afin de « permettre au juge de savoir s'il était justifié d'aller plus avant avec le procès ou l'audition de la cause »[88]. L'accent était mis ici sur l'évaluation d'une preuve factuelle ou favorable, ou les deux, qui avait été apportée, en d'autres mots, que cette cause devait avoir un bien-fondé qui serait exposé dans le *libelle*. Ceci devint en partie le fondement du canon 1708, 2º du Code de droit canonique de 1917.

Dans son commentaire *The Marriage Process in the United States* de 1893, et dans la section parlant du « General Outline and Characteristics of the Trial » (esquisse générale et caractéristiques du procès), Smith répétait que : « Par conséquent, le processus ou procès dans les causes de nullité de mariage n'est rien d'autre que l'audition de toutes les parties et de leurs témoins, menée de la façon prescrite par le droit, à savoir, la constitution *Dei miseratione* du pape Benoît XIV et l'Instruction *Causae matrimoniales* de la S.C.de P.F.[89] ». Les caractéristiques générales du processus de nullité étaient doubles : « les formalités *substantielles* d'un procès formel devaient être observées, mais les formalités non essentielles pouvaient être omises », ou, comme le déclare Smith, que les auditions judiciaires pouvaient être « menées de façon sommaire »[90]. Ce qui était substantiel était : a) la demande juridique, b) la citation des parties, incluant le défenseur du lien, c) la formulation du doute, d) les preuves canoniques, e) la publication des

d'observer quelque formalité judiciaire que ce soit … Généralement, le juge ne mène pas cet examen préliminaire en personne, mais il charge quelqu'un d'autre de le faire et de lui faire rapport. Comme dans le procès préliminaire pour un simple divorce *a mensa et toro*, il en va de même pour le procès préliminaire en vue de l'annulation d'un mariage et le tribunal épiscopal pour les causes matrimoniales demande au curé ou au recteur de la paroisse des parties dont le mariage est remis en question de lui transmettre une déclaration sur le cas ». (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Ibid., 399.

87 Ibid., 397.

88 Ibid., 398.

89 S.B. SMITH, *The Marriage Process in the United States*, New York, Benziger 1893 (= SMITH, *Marriage Process*), 274.

90 Ibid., 274.

actes, f) les plaidoyers finals des deux parties ou de leurs avocats et enfin, g) la décision finale du juge ou de l'auditeur »[91].

L'enquête préliminaire constituait une partie de la première étape du processus, la demande juridique informelle[92] ou demande d'annulation de mariage présentée à l'Évêque ou au juge et qui se fondait sur un empêchement dirimant présumé. L'enquête préliminaire était l'étape où

> Sur réception de cette demande, le juge doit soigneusement, mais de façon extrajudiciaire, examiner si la pétition est fondée, c'est-à-dire si l'empêchement invoqué peut *prima facie* être canoniquement prouvé. Dans ce but, il doit interroger le demandeur, les conjoints et d'autres personnes qui peuvent avoir connaissance des faits et de toutes les circonstances entourant la cause … s'il découvre qu'il existe *prima facie* des preuves solides de l'existence de l'empêchement, il doit émettre la citation à comparaître au procès aux parties, c'est-à-dire, au demandeur ou demanderesse, au conjoint défendeur ou conjointe défenderesse et au défenseur officiel du lien[93].

Pour ce faire, le requérant devait fournir avec la demande une preuve sous forme de témoins, de documents ou autre indication qui pourraient appuyer l'allégation de la nullité du mariage[94]. Cette preuve (extra) judiciaire[95] devait être présentée au juge pour vérification avant la présentation de la demande ou au moment où elle se faisait[96]. En outre, la pétition devait être présentée par

[91] Ibid.

[92] Sur la demande d'annulation, voir ibid., 276-277.

[93] Ibid., 275.

[94] « 646. Q. Est-il nécessaire de produire des preuves avec la pétition ou la plainte?
R. Il suffit que le requérant montre les preuves qu'il va subséquemment produire, c'est-à-dire après la citation du défendeur et la *contestatio matrimonii*. L'Instr. Autr., à l'article 126, déclare ce qui suit au sujet du contenu du *libelle:* 'Probationes quas praesto sibi esse autumat (actor) *indicandae* sunt' ». Ibid., 282.

[95] « 647. Q. Les preuves peuvent-elles être parfois présentées juridiquement devant le tribunal matrimonial en même temps que la plainte juridique et avant la *matrimonii contestatio*?
R. Oui, dans deux cas. *Premièrement,* des *documents* tels des lettres, des certificats de mariage, etc. peuvent être présentés à n'importe quel moment et, par conséquent, peuvent être annexés ou joints au *libellus* ou requête en annulation … *Deuxièmement*, comme dans d'autres causes, donc aussi dans les causes matrimoniales, lorsqu'il y a un danger que les preuves ne se perdent en raison du délai … on peut avoir recours à n'importe quel moment à l'examen de témoins *ad perpetuam rei memoriam*, tel que décrit dans notre nouvelle procédure, n. 264 sq. ». Ibid.

[96] « L'enquête préliminaire telle que comprise et pratiquée vers la fin du XIXe siècle était clairement une procédure 'extrajudiciaire'qui ne se faisait pas sous serment. Smith distingue clairement cette déposition des témoins de celle du type judiciaire qui n'était permise qu'exceptionnellement avant la contestation, ainsi qu'on le voit dans les Décrétales de Grégoire IX et qu'on verra dans le Code de droit canonique, au canon 1730. Pourtant, cette procédure extrajudiciaire avait lieu devant le tribunal ou son représentant et souvent en présence du défenseur du lien et du notaire; et les résultats étaient apparemment déposés dans les actes

écrit à l'Ordinaire du lieu de résidence de l'époux; si elle était « présentée par le prêtre ou l'avocat, le requérant doit aussi, dans tous les cas, se présenter lui-même devant l'Ordinaire ou le tribunal matrimonial de ce dernier et expliquer oralement toutes les circonstances de l'affaire »[97]. L'enquête préliminaire était précisément « l'exposition orale précise et détaillée de toute l'affaire »[98].

Si le requérant refusait de « se présenter devant l'Ordinaire pour un examen préliminaire, sa plainte ne doit pas, en principe, être acceptée en tant que plainte dans le sens propre du terme »[99]. Smith fait aussi référence au caractère du requérant: si le requérant est considéré comme « bon, fiable et digne de confiance », et « comme, par conséquent, il n'y a aucun danger de fraude ou de calomnie, l'Évêque ou le modérateur du tribunal matrimonial peut accepter la plainte ou requête en annulation de mariage et aller au procès sans obliger le requérant à se présenter devant lui pour une audience préliminaire extrajudiciaire »[100]. En d'autres mots, selon Smith, aucune enquête préliminaire n'était nécessaire si le requérant était considéré comme « bon, fiable et digne de confiance », mais une enquête était requise si le requérant ne présentait pas ces qualités. Malheureusement, Smith n'apportait aucune norme objective pour que l'Évêque ou le modérateur du tribunal puisse déterminer si le requérant était de bonne moralité ou non.

Smith poursuivait que si, au terme de l'enquête préliminaire (informelle), la plainte montrait qu'elle manquait a) de fondement ou b) qu'il n'y avait pas de preuves canoniques de l'empêchement allégué ou c) de preuve suffisante, « le juge devait conseiller au requérant de retirer sa pétition, ou il devait simplement la rejeter lui-même »[101]. Mais « lorsqu'on découvre qu'il existe de bonnes preuves, comme, par exemple, une preuve canonique partielle, une trace de l'existence de l'empêchement allégué et de la nullité conséquente du mariage, le procès, ou plutôt sa période de mise à l'épreuve peut être commencée »[102]. En conclusion :

> Lorsque la requête judiciaire en annulation de mariage, ou *l'accusatio matrimonii*, a été faite correctement, comme il a déjà été montré, il est du devoir

de la cause. Ces résultats pouvaient également être utilement interprétés par le commissaire ou l'auditeur. La partie probatoire du processus n'a pas encore commencé. De fait, la pétition n'a pas encore été officiellement acceptée. L'enquête préliminaire n'est pas seulement utilisée lorsque le plaignant a présenté une pétition, mais aussi pour aider le plaignant à formuler cette pétition ». SANSON, *Preliminary Investigation*, 63.

97 Ibid., 279.
98 Ibid., 280.
99 Ibid., 279.
100 Ibid.
101 Ibid., 291.
102 Ibid.

de l'Ordinaire ou du modérateur d'examiner avec soin, mais de façon extra-judiciaire, si l'empêchement allégué affectant la validité du mariage, et par conséquent causant sa nullité assurée, repose sur des preuves qui apparaissent *prima facie* comme étant pleines et concluantes. Car il serait évidemment pire qu'inutile de commencer un tel processus s'il n'existe pas une bonne raison ou une preuve de présumer de l'invalidité du mariage, ou dont la nullité, si elle existe vraiment, ne peut être juridiquement prouvée. De ce fait, le juge doit, dans cette enquête préliminaire, recevoir oralement du requérant et des autres personnes impliquées tous les renseignements disponibles sur les empêchements allégués[103].

2.3 — Les *Regulae servandae* du Tribunal apostolique de la Rote romaine (1910)

Les *Regulae servandae in judiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal* de 1910[104] confirmaient le *peritus consultor pro illustrandis quaestionibus quae S. Theologiam attiens* dont il était fait mention pour la première fois au XIIIe siècle par le pape Innocent III[105]. Hallein indiquait que ces règlements n'ajoutaient rien à la législation précédente, mais mettait en lumière l'office, la fonction et l'implication du défenseur du lien[106]. Le § 208 des *Regulae servandae* était d'importance dans le contexte de la gratuité de la défense qui donnait l'indication d'une enquête préliminaire pratiquée à la Rote romaine: « La pétition est remise au juge président avec les documents appropriés, non seulement portant sur la condition de pauvreté, mais aussi sur le bien-fondé du cas … »[107]. Sanson remarquait: « par conséquent, soit la pétition,

[103] Ibid., 289-290.

[104] Voir Sacrae Romanae Rotae Tribunal, « Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal. Approbatae et confirmatae a Pio Papa X, » 4 août 1910, dans *AAS*, 2 (1910), 784-850 (= Sacrae Romanae Rotae Tribunal, « Regulae servandae »).

[105] Voir A. Bucci, *Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio giuridico alle attuali prospettive*, Rome, Editura Serafica 2003, 205.

[106] « Les *Regulae servandae in iudiciis* n'apportent rien de nouveau en vue de la législation précédente. Ce règlement de la Rote requiert: le nécessité de la présence du défenseur du lien aux procès sur la validité du lien matrimonial… » P. Hallein, *Le défenseur du lien dans les causes de nullité de mariage. Étude synoptique entre le code et l'instruction « Dignitas connubii », fondée sur les travaux des commissions préparatoires de l'instruction*, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana 2009, 35. Voir aussi S. Killermann, *Die Rota Romana. Wesen und Wirken des päpstlichen Gerichtshofes im Wandel der Zeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag 2009, 210-211.

[107] Sacrae Romanae Rotae Tribunal, « Regulae servandae », 843: « § 208. Petitio exhibebitur Ponenti opportunis instructa documentis, non modo circa conditionem pauperitatis, sed etiam super meritum causae, dummodo ad meritum quod attinet, non agatur de causa quae ad Sacrae Rotae tribunale per *commissionem* pervenerit. » Ceci a changé dans les Normes

soit les déclarations qui y sont jointes doivent donner un quelconque fondement en droit et en fait de telle sorte que les juges peuvent rendre une première décision à savoir s'ils vont accepter ou rejeter la pétition »[108]. Bien que les règlements de la Rote romaine ne reconnussent pas la preuve factuelle et substantielle soumise avant l'acceptation ou le rejet de la pétition, les *Regulae servandae* ne parlaient pas directement d'une enquête préliminaire et ne le mentionnaient qu'implicitement et seulement dans la section sur la gratuité de la défense, mais non pas dans celle portant sur la pétition elle-même.

2.4 — L'enquête préliminaire dans le Code de droit canonique de 1917

Le Code de droit canonique de 1917 ne parlait pas d'une enquête préliminaire dans le cadre des procédures en nullité de mariage[109], même s'il le faisait dans les procédures criminelles et les procédures de canonisation.

de la Rote romaine de 1934. La référence au bien-fondé de l'affaire n'est plus mentionnée à l'art. 177: « § 1. – Qui exemptionem ab expensis iudicialibus, vel earum deminutionem vult obtinere, Ponenti labellum exhibere debet, adiunctis documentis, quibus quaenam sit oeconomica eius conditio demonstret. » Voir SACRA ROMANA ROTA, « Normae S. Romanae Rotae Tribunalis, » 29 juin 1934, dans *AAS*, 26 (1934), 490.

108 SANSON, *Preliminary Investigation*, 93.

109 Sur l'interprétation des trois différentes causes matrimoniales dans le Code de droit canonique de 1917, Kay remarque: « Une cause matrimoniale, au sens strict, traite de la validité ou de la nullité d'un mariage et des effets inséparables au lien matrimonial – tout ce qui est intrinsèque au contrat; alors qu'au sens large viennent toutes les autres disputes matrimoniales possibles – les questions extrinsèques au lien. Plus spécifiquement, les causes matrimoniales au sens propre incluent tous et chacun des litiges qui affectent la validité ou l'invalidité du lien en raison de l'existence d'empêchements dirimants, d'un défaut de consentement, d'un défaut de la forme requise, la déclaration du fait de la consommation ou de la non-consommation du mariage, la séparation perpétuelle, les vérifications des conditions nécessaires à la solution d'un *matrimonium legitimum* en vertu du Privilège Paulin, les droits et les obligations nécessairement inhérents au contrat de mariage et la légitimité des enfants. En pratique, les causes matrimoniales présentées aux autorités ecclésiastiques de nos jours peuvent se réduire à trois classes, à savoir, 1) la validité ou la nullité du contrat; 2) la déclaration du fait de la non-consommation, 3) les séparations perpétuelles » KAY, *Matrimonial Procedure*, 24.
Voir aussi NOVAL 1907. *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars I. De Iudiciis in Genere. Tit. I-XIX. Votum Rmi. P. Iosephi Noval O.P.P. Consultoris*, Rome, Tipis Vaticanis 1907, dans J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE (dirs.), *Il libro "De processibus" nella Codificazione del 1917. Studi e documenti*. Vol. I : *Cenni storici sulla codificazione "De iudiciis in genere." Il processo contenzioso ordinario e sommario. Il processo di nullità del matrimonio*, Milan, Giuffrè Editore 1999 (= LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*), 406.

On pouvait toutefois dégager de certains canons quelques indications, particulièrement de ceux qui traitaient de la pétition[110] et la preuve

[110] FISCHER 1907. *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars II. De Iudiciis Non Criminalibus. Sectio I. De Iudiciis Non Criminalibus, in Genere [Tit. VI-XX]. Votum Ottonis Fischer, Professoris ord. Iuris in Universitate Vratislaviensi*, Rome, Tipis Vaticanis 1907, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 547: « § 1 [20]. Processus incipit per libellum conventionis iudici oblatum. Libellus conventionalis continere debet: (…) 2. facti narrationem cum exhibitione probationum. Instrumenta vel saltem copiae eorum libello addendae sunt… »

Voir aussi le votum de NOVAL 1908. *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars II. De Iudiciis Contentiosis. Sectio I. De Iudiciis Contentiosis in Genere [Tit. VI-XVI]. Votum R. P. Iosephi Noval O.P. Consultoris*, Rome, Tipis Vaticanis 1908, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 574:

« Can. 32. Libellus clare et succinte contineat:

1° Nomen et cognomen iudicis aut designationem tribunalis cui porrigitur.
2° Nomen, cognomen et domicilium porrigentis, procuratoris at adversarii.
3° Speciem facti cum mentione pacificae compositionis intentatae vel secus.
4° Positiones seu assertiones referentes factum vel facta, vel facti adiuncta, quae actor tanquam occasiones sui iuris petendi retinet.
5° Petitionem seu petitiones praecisas, quae distincte exprimant quid ab adversario faciendum vel omittendum sit.
6° Titulos seu fundamenta iuris quibus singulae petitiones innituntur.
7° Actoris vel procuratoris subscriptionem cum data et loco. »

Voir aussi un *votum* similaire de MANY 1908. *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars Secunda. De Iudiciis Contentiosis. Sectio I. De Iudiciis Contentiosis in Genere. Titulus VI-XXII. Votum Seraphini Many, C.S. Sulpitii Consultoris*, Rome, Tipis Vaticanis, 1908, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 616:

« Can. 18. § 1. Iudicium exorditur oblatione libelli, in quo actor intentionem suam in scriptis iudici proponat.

§ 2. In libello quatuor contineri debent:

1° Brevis narration rei, de qua agitur.
2° Res quam actor a reo praestari, vel factum quod ab eodem poni petat.
3° Tituli quibus nititur actor ad petendum a reo rem praedictam vel factum.
4° Summaria indicatio probationum. »

Ces vota son incorporés au SCHÉMA 1 1908 (Schema 1 inc). *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars II. De Iudiciis Non Criminalibus. Sectio I. De Iudiciis Non Criminalibus in Genere [Tit. 6-14]*, Rome, Tipis Vaticanis 1908, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 675; voir aussi SCHEMA 2 1909 (Schema 2 inc). *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars II. De Processu Iudiciario in Generali*, Rome, Tipis Vaticanis 1909, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 716. Voir aussi avec les changes finales IL PRIMO SCHEMA UNITARIO DELLE PARTI PRIMA E SECONDA. SCHEMA 1909 PER IL CONGRESSO DEI CARDINALI 1910 (Schema 1909 Cardinali). *Codex Iuris Canonici. Liber Quartus [Quintus]. De Iudiciis. Titulus Praeliminaris. De Iudicii Ecclesiastici Natura et Ambitu. Pars I. De Tribunalium Ecclesiasticorum Ordinatione. Pars II. De Processu Iudiciario in Generali*, Rome, Tipis Polyglottis Vaticanis 1909, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 791-792:

(extrajudiciaire)[111] avant la *litis contestatio* dans les procédures matrimoniales. On doit se rappeler que la plupart des canons s'appliquent aux procès en général, et non pas spécifiquement aux procédures matrimoniales[112]. Kealy remarque que : « Parmi les protections de l'administration de la

« Can. 1 [218]. Qui aliquem convenire vult, debet libellum competenti iudici exhibere, in quo controversiae obiectum proponatur, et ministerium iudicis ad praetensum ius vindicandum expostuletur.

Can. 3 [220]. Libellus litis introductivus debet 1° exprimere coram quo iudice causa introducatur, quid petatur, et a quo petatur; 2° innuere probationis argumenta, quibus uti intendit actor ad comprobanda factorum asserta; 3° subscriptionem referre actoris vel eius procuratoris speciali tamen mandato muniti, cum die, mense et anno, nec non et cum loco in quo actor vel eius procurator habitant, aut residentiam eligunt ad acta iudicii recipienda. »

111 Sur la recevabilité de la preuve judiciaire avant la litis contestatio, voir SCHEMA 2 1909 (Schema 2 inc). *Codex Iuris Canonici. Liber Quintus. De Iudiciis. Pars II. De Processu Iudiciario in Generali*, Rome, Tipis Vaticanis 1909, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 723: « Can. 4 [147]. § 1. Nullae et a iudicii limine omnino repellendae sunt probationes, quas pars pro suo lubitu extra iudicium conficere nititur, et dein producit, ceu praesertim sunt gratiosae suffragationes et ultroneae declarations, aut attestationes. § 2. Probationes autem aliae non sunt validate nisi a iudice competente admittatur vel conficiantur. [*sic*] eius delegato assumi.

Can. 5 [148]. § 1. Iudicis est determinare tempus, modum ac limites probationum sumendarum. § 2. Attamen ad probationis assumptionem Iudex procedere non potest ante litis contestationem, nisi in casu quo timetur ne probatio peritura sit, ad perpetuam scilicet rei memoriam. » Voir aussi IL PRIMO SCHEMA UNITARIO DELLE PARTI PRIMA E SECONDA. SCHEMA 1909 PER IL CONGRESSO DEI CARDINALI 1910 (Schema 1909 Cardinali). *Codex Iuris Canonici. Liber Quartus [Quintus]. De Iudiciis. Titulus Praeliminaris. De Iudicii Ecclesiastici Natura et Ambitu. Pars I. De Tribunalium Ecclesiasticorum Ordinatione. Pars II. De Processu Iudiciario in Generali*, Rome, Tipis Polyglottis Vaticanis 1909, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 799: « Can. 4 [147]. § 1. Nullae et a iudicii limine omnino repellendae sunt probationes, quas pars pro suo lubitu extra iudicium conficit, ceu praesertim sunt gratiosae suffragationes et ultroneae declarations, aut attestationes.

§ 2. Sed probationes ut sint validae debent a iudice competente vel ab eius delegato admitti vel confici.

Can. 5 [271]. § 1. Iudicis est determinare tempus, modum ac limites probationum sumendarum. § 2. Attamen ad probationis assumptionem Iudex procedere non potest ante litis contestationem, nisi iuxta *can. 6* [264] *tit. praec.* »

112 Bassibey, se référant à l'instruction autrichienne, propose dans son votum sur les procédures de mariage :

« Art. 19. 'In ea, praeter accuratam facti expositionem, enarranda erunt omnia adiuncta necessaria et omnia iudicia concurrentia; indicandi et nominandi testes de re instructi, ut fundamenta accusationis et via sternatur veritati detegendae.' Omnis accusatio ab ipso actore subsignabitur.

Art. 20. Recepto accusationis libello, ed Episcoporum vel delegatum pertinebit inquire: § 1 an ipse sit in casu competens, ut accusatorem ad competentem iudicem remittat; § 2 an accusator iure accusandi adhuc fruatur; § 3 an accusatio fundamento iuris et facti innitatur, ut vel tanquam frivola repellatur, vel accusator, de falsitate aut improbabilitate causae edoctus, ab ea desistat, vel, eo renuente, per conclusionem iudicialem accusatio reiiciatur;

justice dans les tribunaux ecclésiastiques se trouve l'exigence que la plainte du requérant soit présentée par écrit, ou résumée par écrit par le notaire du tribunal afin de constituer la base de l'action en justice et devenir un guide pour le juge qui doit prononcer la sentence … l'exigence d'une pétition écrite dans les procès ordinaires, comme indiqué au Code de droit canonique, est une cristallisation de la législation issue des Décrétales »[113].

Conformément au canon 1706, la pétition[114] devait donner un bref aperçu de l'historique du cas et des faits[115] de même que de l'objet de la controverse[116] : « Celui qui veut faire comparaître quelqu'un en justice doit produire au juge compétent un libelle dans lequel est exposé l'objet du litige et demander le ministère du juge pour la poursuite des droits allégués[117] ». Et

§ 4 an revalidari matrimonium, aut partes inter se reconciliari, aut res amice inter sponsos componi possit.
Haec auditori, si adsit, melius commitentur inquirenda.
Observatio. Auditoris praesentia apud tribunalia ecclesiastica, magnae utilitatis erit, ut rite processus conficiatur et causae tantum probabiles ad tribunal deferantur. » Voto di Bassibey sul processo matrimoniale, *Codex Iuris Canonici. De Processu Matrimoniali. Titulus I-VIII. Textus et Observationes. Votum Rev. P. R. Bassibey Consultoris*, Rome, Tipis Vaticanis 1908, dans LLOBELL-LEÓN-NAVARRETE, *De processibus*, 854-855.

113 KEALY, *Introductory Libellus*, 21.

114 « De l'avis général, dans les procès ordinaires, un libelle était requis pour la validité du processus, alors que dans les procès extraordinaires (extra ordinem) ou procès sommaires, une pétition écrite n'était pas requise. Dans la procédure extra ordinem, il était suffisant que le requérant fasse oralement sa demande au juge. La déclaration était ensuite versée par écrit aux actes du procès ». Ibid., 22.

115 « Libellus est brevis scriptura continens clare actoris petitionem et petendi causam. – Tres partes in eo considerantur: a) narratio, seu summaria facti species, ex qua sufficienter appareat quodnam sit obiectum litis, et quaenam sint personae contendentes, et quodnam tribunal competens; b) causa petendi, seu ut dicitur, medium concludendi, sufficienter indicata, ut Iudex et adversarius sciant quo iure agitur; c) petitio ipsa, seu conclusio. » I. NOVAL, *Commentarium Codicis Iuris Canonici*, *Pars I. – De iudiciis*, Rome, Augustae Taurinorum 1920 (= NOVAL, *De iudiciis*), 278; voir aussi KEALY, *Introductory Libellus*, 34-35.

116 « Conformément au canon 1706, les éléments essentiels du libelle sont: a) l'exposition de l'objet du litige et b) la demande de son règlement judiciaire. Les deux éléments doivent être présents si l'écrit doit être considéré comme un *libellus*. S'il ne contient qu'une déclaration sur le litige, le document n'est qu'une simple narration des faits; s'il ne contient qu'une demande des services du juge et qu'il n'y a pas d'exposé de l'affaire en cause, la requête disparaît d'elle-même en raison de sa propre inaptitude ». KEALY, *Introductory Libellus*, 33; voir aussi 39-40.
Sur la non-consommation, voir SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, decree *Catholica doctrina*, 7 mai 1923, dans *AAS*, 15 (1923), 389-436; 393: Art. 6 § 2: « Curandum est ut libellus referat genuinam factorum narrationem ab ipsa parte, si fieri potest, scripto exaratam et subscriptam (cf. in Appendice, n. I). »

117 La traduction française de toutes les références au Code de droit canonique de 1917 est tirée du *Traité de Droit canonique* sous la direction de R. NAZ, Paris, Letouzey et Ané éditeurs, 1948.

le canon 1708, 2° spécifiait que le libelle introductif d'instance devait: « indiquer, au moins de façon générale, sur quel droit le demandeur se fonde pour prouver les éléments de ses affirmations et allégations ». Le fait qu'il n'était pas requis du demandeur qu'il fournisse des preuves, mais qu'il devait au moins indiquer comment il allait prouver les affirmations et les allégations en ce qui concernait l'objet du litige[118], conformément au canon 1706, est semblable à la législation sur la pétition qui existait depuis le XVIIIe siècle et qui est mentionnée plus haut.

En conclusion, la pétition exigeait un contenu substantiel, « un fondement en droit et en fait »[119]. S'il ne s'y trouvait, la pétition était-elle refusée? Selon le canon 1709, § 1, la pétition devait être rejetée parce que le juge n'avait pas compétence ou que le demandeur n'avait pas qualité pour ester en justice: "Après avoir reconnu que la chose est de sa compétence et que le demandeur a qualité pour ester en justice, le juge ou le tribunal doit aussitôt admettre ou refuser le libelle et, dans ce dernier cas, donner les motifs du refus ».

Fait intéressant, on ne donnait aucune indication sur les critères spécifiques nécessaires pour rejeter une pétition en se basant sur une absence de motifs substantiels. Même si le Code ne parlait pas directement d'une enquête préliminaire dans ce contexte, certains commentaires s'y référaient néanmoins. Kealy déclare: « Cette enquête préliminaire devrait aller jusqu'à considérer le droit ou la législation sur laquelle se base la demande, son application à la présente cause et l'examen du libelle en ce qui concerne les éléments essentiels de l'instrument et en ce qu'il répond aux exigences respectant sa forme[120] ». Par conséquent, selon Kealy, l'enquête préliminaire faisait maintenant partie de l'examen du libelle et n'était plus une enquête servant à vérifier les faits et qui avait lieu avant qu'un *libelle* ne soit présenté. Comme indiqué dans certaines règles datant du XVIIIe siècle, des motifs substantiels et des faits étaient colligés grâce à des témoignages extrajudiciaires donnés par les parties et des témoins dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cela ne constituerait pas une violation de la norme du canon 1730 qui ne permettait pas d'interrogatoire judiciaire avant la *litis contestatio* : « Avant que la *litis contestatio* ait eu lieu, le juge ne doit pas procéder à la réception des preuves ou des témoins, sauf dans le cas de contumace, ou lorsqu'il ne peut recevoir ultérieurement ou ne peut recevoir qu'avec

118 « Indicare generatim: id est, in compendio et quoad sensum, probationes quibus demonstrare intendit quod verbis sequentibus praescribitur, nempe: … quo iure innitatur … allegantur … asseruntur: videlicet, facta, adducta in narratione seu facti specie, et indicata in expositione causae petendi … actorum recipiendorum gratis… » NOVAL, *De iudiciis*, 280-281.

119 SANSON, *Preliminary Investigation*, 76.

120 KEALY, *Introductory Libellus*, 49.

difficulté les dépositions des témoins, du fait de la mort probable d'un témoin, de son départ ou pour toute autre juste cause ».

Sanson soutenait que la « déposition » à laquelle il est fait référence au canon 1730 est une « preuve judiciaire ». Il se réfère à l'argument « *Rei dubiae seu controversae per legitima argumenta judici facta ostension* » et concluait :

> Toutefois, les preuves peuvent être considérées comme étant extrajudiciaires si elles ne sont pas obtenues au cours d'un procès ecclésiastique, conformément aux lois sur la procédure. En ce sens, les renseignements et les déclarations rassemblés pendant l'enquête préliminaire dont parlait l'Instruction autrichienne étaient extrajudiciaires, et se trouvaient donc en dehors du champ d'application étroit du canon 1730. Ce type d'enquête préliminaire ne semble donc pas être interdit par le canon 1730 ou par le Code. Tous les canons qui, dans le Code, concernent le processus d'introduction sembleraient décourager toute action judiciaire avant les premières étapes du procès[121].

Au sujet de l'aveu extrajudiciaire, le canon 1753 disait : « Est dit extrajudiciaire l'aveu fait par écrit ou verbalement, hors du procès, à l'adversaire lui-même ou à des tiers; s'il est utilisé en justice, il appartient au juge, toutes circonstances ayant été pesées, de déterminer le compte qu'il en doit tenir ». Par conséquent, un aveu extrajudiciaire était celui qui était fait « à un adversaire ou à des tiers hors cour … Si cet aveu était amené devant la cour, il était laissé à la discrétion du juge, après avoir considéré toutes les circonstances concomitantes, de déterminer sa valeur[122] ». Tout en ne faisant pas référence à une enquête préliminaire, Woywod a évité le terme « d'aveu extrajudiciaire » et parlé de « admission conditionnelle » :

> Puisqu'il ne s'agit pas d'un aveu pur et simple, cela n'est pas sujet aux normes stipulées ici dans le Code. Ces soi-disant admissions conditionnelles constituent plutôt une méthode de défense (par exemple, si une partie admet devoir à une autre partie la somme d'argent qu'elle exige, mais que cet opposant lui doit une dette qui compense ce qu'il réclame; ou encore, dans une poursuite pour blessures, le défendeur peut admettre qu'il a infligé la blessure, mais qu'il l'a fait accidentellement, ou en autodéfense, etc.). Il est évident qu'un fait admis par le défendeur n'a pas besoin d'être davantage prouvé, mais en invoquant des exceptions et d'autres défenses, le défendeur a le fardeau de prouver les faits qu'il apporte pour sa défense. Bien que la preuve puisse sembler superflue si un fait est admis par l'adversaire, le Code n'admet cependant l'aveu judiciaire comme preuve pleine et entière que dans les affaires privées; mais dans les causes où le bien public est concerné

[121] Sanson, *Preliminary Investigation*, 78-79.

[122] S. Woywod, *A Practical Commentary on the Code of Canon Law*, vol. II, New York, Joseph F. Wagner Inc. 1948 (= Woywod, *A Practical Commentary*), 294.

(comme, par exemple, la validité du mariage …) l'aveu judiciaire ne libère pas l'adversaire de la nécessité de prouver ses allégations[123].

Certaines normes particulières reconnaissaient la fonction d'un commissaire, etc., qui serait responsable de colliger une documentation extrajudiciaire avant que le *libelle* ne soit soumis. Mais comme il a été mentionné plus haut, le Code de droit canonique de 1917 était muet sur l'enquête préliminaire dans les procédures matrimoniales. Dugan a abordé la possibilité d'élargir la fonction de l'auditeur dans le cadre des causes contentieuses :

(1) Les auditeurs peuvent être chargés de remplir les nombreux devoirs qui sont précisés dans les procédures judiciaires, à partir de la « contestatio litis » jusque « ad publicationem processus ».
(2) Dans les causes contentieuses, l'auditeur peut recevoir l'ordre de faire les préparations requises pour « l'introductio causae » ou l'ouverture officielle de la cause. Ces devoirs préparatoires comprennent l'acceptation ou le rejet du libelle ou de l'allégation qui fait partie de la plainte faite par le requérant; l'envoi des premières citations aux parties en litige, de même la « contestatio litis » ou l'ouverture officielle de la cause devant un tribunal…[124]

L'interprétation de Woywod, de même que celle de Dugan, peut mener à concevoir la préparation de l'introduction officielle d'une cause qui permettrait les « admissions conditionnelles » comme indicateurs de l'intention d'un requérant à produire des preuves factuelles.

2.5 — L'Instruction *Provida Mater* (1935)

Le 15 août 1936, la Sacrée Congrégation pour la Discipline des Sacrements promulguait l'Instruction *Provida Mater* qui donnait des normes pour les procédures matrimoniales dans les tribunaux diocésains[125]. L'Instruction avait non seulement comme source le Code de droit canonique de 1917, mais aussi les normes de procédure révisées de 1934 de la Rote romaine[126]. À l'article 226, *Provida Mater* confirmait le canon 1990 et précisait que les causes matrimoniales devaient être adjugées au cours d'un procès judiciaire formel et non pas par procès sommaire; de plus, elle parlait, à l'article 227 § 2, de

[123] Ibid., 294-295.

[124] DUGAN, *The Judiciary Department*, 53.

[125] Voir SACRÉE CONGRÉGATION POUR LA DISCIPLINE DES SACREMENTS, « Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimonium *Provida Mater*, » 15 août 1936, dans *AAS*, 28 (1936), 313-372.

[126] Voir SACRÉE ROTE ROMAINE, « Normae S. Romanae Rotae Tribunalis, » 29 juin 1934, dans *AAS*, 26 (1934), 449-491.

via ordinaria et, à l'article 231 § 2, d'*ordinarii processus trames*[127]. Contrairement au Code de droit canonique de 1917, *Provida Mater* « a clarifié les critères permettant de refuser une pétition pour motifs substantiels, mais laisse encore flou le type d'évaluation que les juges doivent faire sur le fondement d'une pétition »[128]. Elle abordait aussi la question voulant que l'implication d'une aide juridique pour les deux parties n'ait pas été nécessaire[129].

Tout comme le canon 1707, l'article 55 § 2 déclarait que quiconque avait le droit d'ester en justice pouvait soumettre une pétition écrite[130] au juge compétent[131] : « Quiconque veut engager l'action en nullité de mariage doit remettre au tribunal compétent une requête écrite dans laquelle il expose l'objet du litige et réclame le ministère du juge pour que le mariage soit déclaré nul »[132]. L'objet du litige devait être décrit en détail; il ne suffisait pas de présenter seulement une « simple énumération des difficultés … pour constituer un libelle canonique »[133]. Bien que l'article 55 portât sur quelques-uns des éléments nécessaires à une pétition, *Provida Mater* ne donnait aucune indication d'une enquête préliminaire dans ce contexte. Doheny laissait entendre :

> Ni le Code [de Droit canonique de 1917] ni l'Instruction ne font référence à une audience préliminaire dans le *libelle*. Il semble que cela soit permis et que ce soit entièrement laissé à la discrétion des juges ou aux normes particulières ou coutumes du tribunal. En certains cas, une telle audience préliminaire peut être hautement souhaitable; en d'autres cas, elle peut être nécessaire. Le tribunal doit chercher à obtenir la quantité de renseignements suffisante pour sa propre édification et nécessaire au défenseur du lien pour qu'il puisse préparer ses questions de façon intelligente[134].

[127] Voir K. Mörsdorf, « Zur Eheprozeßordnung für die Diözesangerichte vom 15.8.1936, » dans *Theologische Quartalschrift*, 120 (1939), 214-216 (= Mörsdorf, "Eheprozeßordnung").

[128] Sanson, *Preliminary Investigation*, 83.

[129] Voir J.J. Hogan, *Judicial Advocates and Procurators*, Washington D.C., The Catholic University of America Press 1941, 69-72.

[130] Voir Kealy, *Introductory Libellus*, 25.

[131] Sur la compétence d'un tribunal en raison du quasi-domicile, voir Sacrée Congrégation pour la Discipline des Sacrements, « Instructio de competentia iudicis in causis matrimonialibus ratione quasi-domicilii, » 23 décembre 1929, dans *AAS*, 22 (1930), 168-171.

[132] *Provida Mater*, art. 55; la version française de l'article 55, para.2, est tiré de www.clerus.org-bibliaclerusonline. La traduction anglaise de toutes les références à l'Instruction est tirée de W. J. Doheny, *Canonical Procedure in Matrimonial Cases.* Vol. I: *Formal Judicial Procedure*, 2nd edition, Milwaukee, The Bruce Publishing Company 1948 (= Doheny, *Canonical Procedure*), 183.

[133] Ibid., 187.

[134] Doheny, *Canonical Procedure*, 187. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

L'article 56, qui répétait le canon 1707, §§ 1 and 3, permettait qu'une pétition orale puisse être présentée, mais qu'elle devait être transcrite[135]. Selon l'article 57, 2°, le *libelle* devait être rédigé selon le modèle suivant : « […] Indication de l'objet de la requête, c'est-à-dire obtenir la déclaration de nullité d'un mariage et pour telle ou telle raison – par exemple, pour cause d'impuissance, d'intimidation, etc. – ou pour plusieurs raisons s'il existe plusieurs causes de nullité ». Ceci voulait dire que le requérant devait non seulement indiquer l'objet de sa demande, mais qu'il devait nommer des motifs spécifiques sur lesquels il se fondait pour croire que le mariage était nul[136]. Par conséquent, selon l'article 57, 3° et 4°, la législation devait être incluse conjointement avec une preuve possible qui devait être présentée au procès[137] :

3° Exposé, d'un caractère au moins général, des arguments de droit sur lesquels s'appuie le requérant pour prouver les choses qu'il allègue ou affirme. Il n'est pas plus nécessaire qu'utile de composer une longue et minutieuse énumération d'arguments, car ces exposés détaillés regardent l'accusation et la défense ; il suffit de laisser voir que la requête n'a pas été présentée à la légère ;

4° Indications relatives au domicile ou quasi-domicile des parties, de même qu'au lieu de la résidence actuelle, de façon que le tribunal puisse juger de sa propre compétence.

Le langage utilisé dans cet article suggérait qu'une présentation de preuve (judiciaire) n'était pas nécessaire à cette étape du procès, mais que le requérant devait au moins résumer la preuve qui appuierait sa demande. Sur la base de cette indication de preuve qui devait être présentée dans le cadre de l'instruction formelle, le juge pouvait accepter ou rejeter la pétition[138].

135 Voir KEALY, *Introductory Libellus*, 28-29.

136 « In n. 2 wird die Angabe des Klagebegehrens (petitio = quid petatur, c. 1708 n. 1) verlangt nebst Anführung des Nichtigkeitsgrundes (caput) oder gegebenenfalls auch mehrerer. » MÖRSDORF, « Eheprozeßordnung, » 356-357.

137 « Fast mit denselben Worten wie c. 1708 n. 2 fordert n. 4, daß wenigstens im allgemeinen anzugeben sei, auf welches Recht sich der Kläger zum Beweise seines Vorbringens und seiner Behauptungen stützt. Hinzugefügt wird die Erklärung, es sei weder notwending noch zweckdienlich, eine ausführliche und breite Darlegung der Beweise zu geben, da dies zur Beweisaufnahme und Verteidigung gehöre; es genüge, wenn ersichtlich ist, daß das Klagebegehren nicht mutwillig gestellt sei. Daraus geht eindeutig hervor, daß eine Substantiierung der Klage verlangt wird, d.h. es genügt nicht, die genau bestimmte Angabe des Klagegrundes (Individualisierungstheorie) … sondern überdies müssen wenigstens im allgemeinen die die Klage begründenden Tatsachen angegeben warden (Substantiierungstheorie). Mittelbar ergibt sich daraus eine ungefähre Angabe der Beweismittel. » Ibid., 357. Voir aussi KEALY, *Introductory Libellus*, 45.

138 Doheny fait le commentaire suivant: « l'expérience indique que les demandes en justice sont fréquemment vagues et inexactes. Pour éviter les malentendus et les délais, la partie requérante devrait indiquer le point, ou les quelques points, sur lesquels elle s'appuie pour

L'article 59 recommandait que la preuve indiquée dans la pétition soit a) une preuve documentaire, b) une déposition de témoins et c) des présomptions : « Si le demandeur propose de faire la preuve par des pièces écrites ou documents, ces pièces doivent, autant que possible, être remises en même temps que la requête; si c'est par des témoins, les noms et domiciles de ces derniers sont à indiquer, avec mention de la ville, de la rue et du numéro de maison; si c'est par de présomptions, on indiquer tout au moins, et d'une manière générale, les faits ou indices d'où ces présomptions favorables à la requête se déduisent. Rien n'empêche pourtant que le requérant apporte, au cours du procès, d'autres éléments de preuves ». Il n'était pas nécessaire pour le demandeur d'apporter des preuves factuelles et substantielles possibles à cette étape, tel qu'indiqué à l'article 57 § 3: Il n'est ni nécessaire, ni opportun, de formuler une exposition exacte et détaillée de la preuve[139] ».

De plus, les aveux extrajudiciaires étaient aussi reconnus dans *Provida Mater,* mais tout comme le Code de droit canonique de 1917, elle ne faisait pas directement référence à la possibilité qu'avait le requérant de présenter un aveu extrajudiciaire dans le cadre d'une enquête préliminaire ou, en termes généraux, avant de soumettre un *libelle*; l'Instruction se référait plutôt à toute déclaration faite à un moment non suspect : « Un aveu extrajudiciaire de l'un des époux, aveu qui a pour effet d'attaquer la valeur du mariage et qui a été formulé avant la célébration ou après le mariage, mais à une époque non suspecte, c'est-à-dire avant qu'il n'ait été question du procès canonique, constitue un complément de preuve que le juge doit apprécier

contester la validité du mariage. Tous les détails inutiles devraient être omis. Les longs récits des difficultés, des vicissitudes de la vie conjugale, etc. peuvent être présentés plus tard au tribunal, si on les considère comme nécessaires ou pertinents, mais ils devraient être inexorablement écartés de la demande en justice. Le *libellus* devrait en plus indiquer les motifs, au moins en termes généraux, sur lesquels le requérant s'appuie pour prouver les allégations et les assertions qu'il présente. Il n'est ni nécessaire ni opportun de rédiger une liste d'arguments longue et précise, car ils appartiennent au processus subséquent de preuve et de défense lors du procès proprement dit. Il suffit de donner seulement assez d'information sur le cas servant à montrer que la demande d'annulation n'est pas sans fondement ». DOHENY, *Canonical Procedure*, 189.

139 « Das Ehehindernis oder der Ehenichtigkeitsgrund müssen sich auf so sichere und stichhaltige Rechts- und Tatsachenbeweisen stützen, daß die Nichtigkeit durchaus wahrscheinlich ist bzw. daß – wie Art. 39 a mit anderen Worten sagt – an dem Bestehen und der (ehezerstörenden) Kraft des Hindernisses (i.e.S.) oder des Nichtigkeitsgrundes ernstlich nicht gezweifelt warden kann. » MÖRSDORF, « Eheprozeßordnung, » 350. Dans le cas d'une procédure pour défaut de forme, une pétition doit incorporer les mêmes éléments; voir A. MARX, *The Declaration of Nullity of Marriages Contracted outside the Church*, Washington D.C., The Catholic University of America Press 1943, 75-76; et DOHENY, *Canonical Procedure*, 194-195.

selon les règles » (*Provida Mater*, art. 116). Si un requérant avait l'intention de présenter un *libelle* à un tribunal ecclésiastique, ceci ne pouvait pas être considéré comme *tempore non suspecto* (époque non suspecte).

Sur l'admission d'une preuve avant la *litis contestatio*, l'article 68, § 2, 4° se référait simplement à la disposition contenue au canon 1730 : « Recueillir les preuves avant la *litis contestatio* dans les cas prévus au CIC 1730 ». C'était l'une des responsabilités du « juge président » de les admettre avant de déterminer les chefs s'appliquant à la cause. Cela signifiait également que ceci se faisait après la présentation du *libelle* parce que ce n'était qu'à ce moment que le vicaire judiciaire constituait le tribunal, donnait la cause à un tribunal collégial et déterminait qui serait le juge président. Les raisons pour les admettre étaient les mêmes que celles prévues au canon 1730 : « Ce canon spécifie que le juge recevoir des preuves dans les cas où il est nécessaire de recueillir la déposition des témoins avant qu'ils meurent ou qu'ils s'en aillent ailleurs ou lorsque, pour toute autre bonne raison, il serait difficile ou impossible de recueillir leur témoignage »[140]. L'article 64 parlait de l'examen des faits présentés dans le libelle : « Si le fait sur lequel s'appuie l'instance en déclaration de nullité, bien que vrai de tout point, est pourtant absolument insuffisant pour annuler le mariage, ou encore, si le fait affirmé, bien que pouvant entraîner de soi la nullité du mariage, est d'une fausseté manifeste, le tribunal collégial rejettera par décret le libelle introductif ».

Kealy avertit qu'une pétition qui contient une preuve factuelle suffisante, si elle est admise, ne conduisait pas automatiquement à une sentence[141]. Par conséquent,

> On peut demander les raisons derrière l'évaluation de fait et de droit dans l'examen des assertions et des allégations contenues dans la requête. Manifestement, l'article ne vise pas une enquête judiciaire et un examen dans le sens habituel des mots, mais plutôt une analyse prudente de l'affaire en cause en tenant compte de l'interprétation possible du droit en faveur du requérant ou à son encontre. Le devoir du tribunal en regard de l'estimation

[140] DOHENY, *Canonical Procedure*, 225.

[141] En se référant aux articles 116 et 117 de *Provida Mater* art. 116 et art. 117, Pijnapples déclarait: « En 1936, le monde s'est étonné de *Provida Mater* et avec elle […] l'horloge reculait de 80 ans: elle nous ramenait à l'Instruction autrichienne, car l'article 117 réglemente que les dépositions judiciaires des conjoints ne sont pas admissibles – *non sunt aptae* – comme preuve contre la validité du mariage. Et leurs déclarations extrajudiciaires ne valaient guère mieux non plus : l'article 116 réduisait leur portée à n'en faire que de simples adminicules, des fragments de preuve, qui, toutefois, même avec cette valeur réduite, devaient être correctement évalués par le juge ». P.A. PIJNAPPLES, « Sufficiency of Evidence in Formal Trials, » dans *StC*, 8 (1974), 174-175. Voir aussi A. JULLIEN, *Juges et avocats des tribunaux de l'Église*, Rome, Officium Libri Catholici 1970, 374.

de la valeur juridique de l'exposé que le requérant fait de sa cause doit correspondre à l'obligation de ce requérant envers cette même cause qui se réalise suffisamment si l'analyse de la question montre une absence de précipitation dans la présentation de sa requête[142].

Kealy reconnaissait dans son interprétation « l'analyse prudente » des faits (constituant une preuve préjudiciaire)[143], mais il a manqué en ne faisant pas la distinction entre l'enquête préliminaire nécessaire à la collection et à la détermination de preuves essentielles factuelles et favorables et l'évaluation des mérites de la cause présentée dans la pétition et permettant de l'accepter ou de la rejeter. Les deux différentes étapes ont été fondues en une seule, possiblement en raison du fait que le droit lui-même était muet sur la nécessité d'une enquête préliminaire pour déterminer ce qui devait être considéré comme nécessaire et factuel dans le *libelle* lui-même.

En conclusion, tout comme le Code de droit canonique de 1917, l'Instruction *Provida Mater* ne reconnaissait pas explicitement une enquête préliminaire, a) avait besoin, dans le cadre du *libelle*, d'une indication quelconque sur la façon de prouver l'allégation ou affirmation et b) n'autorisait que pour une cause grave la soumission de preuve avant la *litis contestatio*. La documentation qui avait coutume d'être présentée avant ou avec la pétition – l'enquête préliminaire – constituait la preuve, par exemple, le certificat de mariage, les actes de baptême, l'enquête prénuptiale, le décret du divorce civil, etc. Après avoir contacté une première fois le tribunal, quelqu'un informait le demandeur de quelle documentation il avait besoin de présenter afin de vérifier qu'un mariage civil s'était effectivement terminé (civilement) par un échec. À cette première étape du processus, il y avait contradiction entre « ne pas fournir de preuve » (canon 1730 et article 68 § 2, 4°) et « fournir l'information vous permettant de prouver votre demande » (canon 1708, 2° et article 57 § 3), et « la preuve sous la forme de dossiers et de documents étant permis » (article 59).

[142] KEALY, *Introductory Libellus*, 59.

[143] Doheny faisait le commentaire suivant: « comme le rejet définitif du *libelle* équivaut à fermer les avenues menant à l'examen judiciaire de la cause, les tribunaux ont naturellement été très lents à décider de façon péremptoire qu'une cause est trop anodine ou trop manifestement emmêlée de faussetés pour justifier sa présentation devant un tribunal ecclésiastique. Il n'est pas rare que des causes qui, à première vue, apparaissent non fondées ou fantastiques deviennent bien étayées à mesure qu'elles progressent pendant le procès. Également, des assertions qui semblent être fausses peuvent être véridiques. Par conséquent, les membres expérimentés des tribunaux sont circonspects lorsqu'il s'agit de former un jugement. Toute négligence ou injustice dont les juges peuvent se rendre coupables en ces affaires peuvent être punies conformément aux ordonnances du canon 1625 ». DOHENY, *Canonical Procedure*, 206.

3 — *L'enquête préliminaire dans la législation actuelle*

Avant la promulgation du Code de droit canonique de 1983, des discussions avaient eu lieu sur la mise en œuvre d'une enquête préliminaire appropriée qui ne serait pas essentiellement limitée aux cas de séparation et défaut de la forme canonique, mais qui pourrait être applicable à tous les cas visant à obtenir une déclaration de nullité de mariage. Étonnamment, certains éléments d'une approche plus pastorale, tels que ceux abordés par Lesage, peuvent être retrouvés dans la nouvelle législation. La révision de la loi sur les procédures de mariage du Code de droit canonique de 1983 fut partiellement influencée par les Synodes sur la Famille tenus en 2014 et 1015 qui aboutirent à l'exhortation apostolique post-synodale *Amoris Laetitiae* (2016)[144]. Ces changements décisifs ont été réalisés avec le motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* et la *Ratio procedendi* de 2015 qui demandaient une possible revision de l'Instruction *Dignitas connubii* de 2005.

3.1 — La proposition de Germain Lesage

En 1973, à la suite du deuxième concile du Vatican, alors que se poursuivaient les réformes du droit procédural, le Père Germain Lesage, o.m.i., proposait un modèle alternatif pour le jugement des causes de nullité de mariage[145]. Sa proposition de réforme avait deux objectifs principaux : (1) sauvegarder les « éléments traditionnels essentiels du droit procédural », et (2) apporter « une réponse plus adéquate aux besoins de notre culture et notre période actuelle »[146], puisque la procédure existante ne répondait pas d'une façon satisfaisante à ceux dont le mariage s'était terminé par un échec[147]. En conséquence, il réclamait une procédure qui était moins adversative et plus centrée sur le discernement de la vérité[148]. Diacetis faisait ce commentaire sur la proposition de Lesage.

144 Voir Pape François, Exhortation apostolique post-synodale *Amoris laetitia* aux Évêques, aux prêtres et aux diacres, personnes consacrées, aux époux chrétiens et à tous les fidèles laïcs sur l'amour dans la famille, 19 mars 2016, dans *AAS*, 108 (2016), 311-446; traduction française dans www.vatican.va.

145 Voir G. Lesage, « Pour une rénovation de la procédure matrimoniale, » dans *StC*, 7 (1973), 253-279 (= Lesage, « Rénovation de la procédure matrimoniale »).

146 Diacetis, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 257.

147 « Il est notoire que l'appareil judiciaire de l'Église reste inapte, en plusieurs contrées, à répondre aux besoins de fidèles dont le mariage est acculé à une faillite. » Lesage, « Rénovation de la procédure matrimoniale, » 253.

148 « Le procès judiciaire a pour fin de résoudre un litige entre adversaires: par nature, il est donc 'contradictoire.' Il met en opposition deux parties, ou deux ennemis, engagés dans une lutte qui laissera sur le champ de bataille un vainqueur et un vaincu. » Ibid., 256.

> Lesage reconnaît l'importance de la dimension adversative du procès matrimonial, particulièrement là où les jugements ecclésiaux ont des effets civils. En raison des sérieuses conséquences économiques, politiques et personnelles de l'ordre temporel, on a développé des règlements précis et méticuleux portant sur la résolution des défis auxquels faisait face le lien matrimonial. Ces règlements étaient souvent censés empêcher les collusions et les fraudes possibles de la part de ceux qui cherchaient peut-être à se libérer de la seule manière possible d'une union qui leur était défavorable, sans se préoccuper des bénéfices spirituels d'un jugement ecclésial. Dans un tel contexte, les valeurs institutionnelles pouvaient avoir primé sur les valeurs personnelles[149].

Étant donné la séparation des procédures matrimoniales civiles et ecclésiastiques dans le contexte nord-américain, Lesage se demandait donc si le concept adversatif était approprié pour les procédures de nullité de mariage et « si le véritable objectif qui amenait les gens à se tourner aujourd'hui vers les tribunaux ecclésiastiques en Amérique du Nord n'avait pas changé »[150]. Les tribunaux civils s'occupaient du conflit matériel d'un mariage raté, alors que les tribunaux ecclésiastiques s'occupaient de l'établissement du statut conjugal objectif, et de la possibilité de refaire leurs vies avec « une conscience en paix »[151].

> Pour Lesage, le procès matrimonial n'avait donc pas pour but principal de résoudre des conflits personnels ou interpersonnels, mais de rechercher la vérité sur l'authenticité du consentement matrimonial. Pour lui, l'objet premier dans une affaire matrimoniale était de discerner s'il était possible pour une personne dont le mariage s'était terminé par un échec de refaire sa vie dans l'Église avec un autre conjoint. La réponse se trouvait dans la vérité des faits : le consentement matrimonial était-il valide ou non ? La préoccupation centrale du juge devrait être de découvrir la vérité de la situation et de clarifier avec autorité la liberté des parties à se remarier[152]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

Un processus matrimonial révisé ne devrait pas se concentrer principalement sur des formalités légales détaillées, mais plutôt sur l'ecclésiologie, la dimension sacramentelle du mariage, et sur les personnes dont le mariage s'est terminé par un échec, afin qu'elles puissent de nouveau participer à la vie de l'Église et de la communauté chrétienne[153].

[149] DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 259.

[150] Ibid., 260.

[151] « Pratiquement partout, c'est aux tribunaux de l'État que les fidèles recourent pour régler leurs conflits matériels; tandis qu'ils s'adressent aux services de l'Église uniquement pour établir leur statut conjugal objectif et afin de pouvoir, en sûreté de conscience, 'refaire leur vie' ». LESAGE, « Rénovation de la procédure matrimoniale », 256.

[152] DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 261.

[153] « La recherche de la preuve ne doit être obscurcie ou retardée par aucune autre considération que celle de la vérité. Une fois que celle-ci est dûment établie, toute autre formalité devient

Pour les causes de mariage, une « enquête pastorale » devrait avoir été instaurée pour établir les faits se rapportant au consentement matrimonial.

> Au lieu d'un tribunal judiciaire, Lesage suggère un « service d'enquête » qui étudierait la validité du mariage sous un angle véritablement pastoral, tout en gardant son caractère proprement juridique de façon à ne jamais trahir les droits des parties, même ceux qui sont de nature temporelle. Un tel service devrait se démarquer par une finalité pastorale. Il devrait refléter un engagement envers la justice, le travail d'équipe et une réduction de formalités inutiles. Par-dessus tout, ce service pastoral devrait être dédié à la recherche de la vérité et à la pratique de la charité chrétienne[154]. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

Ce « service pastoral d'enquête » recueillerait et évaluerait uniquement les preuves en évitant les formalités inutiles, en allégeant le procès pour en faire un procès administratif[155] plutôt que judiciaire et en l'accélérant jusqu'à la décision finale[156]. Ce procès, semblable à un procès sommaire, serait composé de deux étapes: le premier étant l'enquête préliminaire et le second pourrait être la collecte des preuves elles-mêmes.

> Lesage compare la méthode pastorale qu'il propose à au "procès sommaire" du Code. Dans un tel procès, le juge, avec le défenseur du lien, détermine ce qui est nécessaire pour établir les faits de la cause. Ceci comprendrait généralement deux types de documentation : 1) un simple résumé des faits confirmés par des documents publics ou privés, comme des certificats de

une injustice, dès lors qu'elle retarde la décision finale ou accroît les charges financières des intéressés. Aussitôt que la vérité est suffisamment démontrée, selon la vérité catholique, la partie qui apparaît libre possède un droit, la plupart du temps urgent, à se voir reconnaître sans retard la possibilité de mener une vie humaine et chrétienne qui lui soit normale ». LESAGE, « Rénovation de la procédure matrimoniale », 260.

154 DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 264.

155 Lesage fait référence au processus de laïcisation qui a été révisé en 1971: SACRÉE CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, « Normes relatives aux causes de réduction de prêtres à l'état laïc », lettre circulaire du 13 janvier 1971, dans *AAS*, 64 (1972), 641-643. Traduction anglaise dans *Jur*, 31 (1971), 672-680, Norme II, 2: « Cette enquête, toutefois, n'a pas le caractère d'un processus judiciaire. Pour cette raison, l'autorité compétente ne doit pas constituer un tribunal au sens propre, mais plutôt, soit personnellement, soit par l'entremise d'un prêtre délégué, procéder à une enquête qui se rapporte plutôt à la dimension pastorale ».

156 « Il est possible de rénover la procédure judiciaire et de lui donner une tournure pastorale, sans sacrifier pour autant la sécurité et la garantie que présente la technique juridique. La recherche de la vérité, effectuée par un bureau d'étude ou service d'enquête, devrait certes se dérouler selon une méthode exacte qui assurerait : une plus grande accessibilité de l'étude des causes, une adaptation psychologique de l'approche, une rationalisation du processus d'instruction, une concentration sur l'établissement de la preuve, une modernisation de l'équipement et un allégement des dossiers. » LESAGE, « Rénovation de la procédure matrimoniale, » 271.

> mariage et de baptême, et 2) un résumé global des preuves confirmées par la pétition, les dossiers médicaux, la déposition des parties, des témoins et des experts, et par les observations du défenseur du lien et de l'avocat[157].

Dans sa proposition, Lesage voyait la valeur d'une enquête préliminaire pour confirmer des faits spécifiques et pour recueillir la documentation nécessaire avant qu'une pétition soit acceptée, et avant le début formel de la procédure elle-même. Selon lui, le juge et tous les autres officiers du tribunal seraient responsables de l'enquête préliminaire. Tout comme l'Instruction autrichienne qui, non seulement reconnaissait l'enquête préliminaire pour les procédures matrimoniales, mais qui en soulignait aussi l'importance, Lesage proposait que la procédure matrimoniale tout entière se déroule de façon extrajudiciaire et sous la forme d'une enquête pastorale, chaque officier du tribunal enquêtant sur les preuves sous des angles divergents et pour des raisons différentes[158].

3.2 — L'enquête préliminaire dans le Code de 1983

Au cours du processus de révision des normes procédurales, plusieurs propositions avaient été faites concernant le procès lui-même, le nombre de juges requis, l'appel, etc.[159], mais dans aucun des projets de documents, le sujet de la reconnaissance canonique d'une enquête préliminaire ne s'était manifesté. Toutefois, le document soulignait l'importance de la recherche de la vérité et le fait que le juge devait prendre tous les moyens licites pour la découvrir et la protéger[160]. Un changement majeur, dont il sera question dans une autre partie de cette étude, est survenu avec la promulgation de l'Instruction *Dignitas connubii*[161] en 2005, et le motu

[157] DIACETIS, *The Judgment of Formal Matrimonial Cases*, 266-267.

[158] « Tout d'abord, c'est la divergence des perspectives de travail qui entraine la multiplication des fonctions et donc de leurs titulaires. Il faut que des fonctionnaires différents s'occupent des droits du demandeur, des droits du défendeur et des droits de l'Église elle-même : de sa vérité et de son bien commun. Deux tribunaux, dont un collégial, entrent en plus sur la scène. Juges, avocats, défenseur du lien, promoteur de la justice doivent s'occuper des mêmes actes, des mêmes éléments de preuve, des mêmes secteurs du droit, mais selon des perspectives divergentes ». LESAGE, « Rénovation de la procédure matrimoniale », 275.

[159] Voir LESAGE, « Procédures matrimoniales », 221-223.

[160] « Pour bien comprendre et bien appliquer le projet de révision de la procédure, qui ne fait d'ailleurs que confirmer le droit commun actuel, il faut tout d'abord s'inspirer de la fin à poursuivre par le tribunal: la recherche de la vérité historique dans le mariage en cause et le respect de l'authenticité doctrinale dans les démarches judiciaires. Ce que le juge veut servir avant tout, c'est la vérité, et il peut et doit prendre tous les moyens licites qui sont à sa portée pour découvrir et protéger cette vérité ». Ibid., 222.

[161] Voir CONSEIL PONTIFICAL POUR LES TEXTES LÉGISLATIFS, Instruction *Dignitas connubii*, 25 janvier 2005, Cité du Vatican, traduction française dans www.vatican.va; traduction

proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*[162] accompagné de la *Ratio procedendi* en 2015, qui a modifié les procédures matrimoniales particulières du Code de droit canonique. Tout comme l'examen des parties sélectionnées du Code de droit canonique de 1917, l'accent, dans cette section, sera mis sur l'enquête préliminaire nouvellement introduite et sur des domaines semblables du droit universel, par exemple, a) la pétition[163], et

anglaise de toutes les références à l'Instruction est tirée de K. LÜDICKE and R.E. JENKINS, *Dignitas Connubii: Norms and Commentary*, Alexandria, Canon Law Society of America 2005 (= LÜDICKE/JENKINS).

162 Voir Pape FRANÇOIS, lettre apostolique m.p *Quibus canones Codicis Iuris Canonici de Causis ad Matrimonii nullitatem declarandam reformatur Mitis Iudex Dominus Iesus*, 15 août 2015, dans *AAS*, 107 (2015), 958-967; traduction française tirée de www.vatican.va.

163 COETUS STUDIORUM « De processibus, » session du 23 octobre 1967, dans *Comm*, 38 (2006), 122 :

> Quoad n. 2 huius canonis Rev.mus sextus Consultor proponit ut amplificetur his verbis: "Indicetur causa petendi, seu fundamenta facti, designatis testibus, adductis … documentis atque propositis saltem in genere praesumptionum fundamentis…".
> Rev.mus quintus Consultor vult quod libellus indicet: "facti et iuris fundamenta, quibus innitatur petitio".
> Quoad propositionem Rev.mi sexti Consultoris Consultores opponunt quod non sit necesse illa omnia numerare, eo vel magis quod non in qualibet causa illa omnia exiguntur.
> Quoad propositionem Rev.mi quinti Consultoris, Rev.mus Relator nollet illam admittere quia "iura novit Curia" et de facti fundamentis iam sufficienter dicitur in canone prouti iacet.
> Rev.mus septimus Consultor tamen proponit quod dicatur: "… quo iure, seu quibus argumentis innitatur…".
> Tandem n. 2 ita redigitur: "Indicare summatim et concinne, quibus argumentis innitatur actor…".
> Adhibitur verbum "*summatim*" ut in Cod. Orientali.

Ce changement fut incorporé au canon 1708 (voir *Comm*, 38 [2006], 148) et mena au Schéma de 1976: « Can. 140 (CIC 1708) Libellus quo lis introducitur debet: 2) indicare quibus argumentis et probationibus innitatur actor ad comprobanda ea quae allegantur et asseruntur; » dans *Comm*, 41 (2009), 386.

Le Coetus « *De processibus* » traitait davantage de ce canon et suggérait d'ajouter *indicare summarie*, mais la proposition fut rejetée parce qu'elle était considérée comme superflue. Le terme « indiquer » ferait déjà référence à une brève description. En outre, même si l'introduction du canon utilise le terme *debet*, qui voudrait signifier que la brève description avec des indications disant comment prouver les allégations est obligatoire, mais en ce qui concerne ce numéro, les consulteurs déclaraient qu'il ne s'agit pas, dans ce contexte, d'une question d'invalidité, mais plutôt de licéité si la pétition ne comprend pas ce court exposé. Il fut proposé: « Indicare quo iure innitatur actor et generatim saltem quibus factis et probationibus ad comprobanda ea quae allegantur et asseruntur. » Plusieurs parmi les consulteurs se montraient d'accord avec la nouvelle proposition et ajoutèrent: « … quibus factis et probationibus ad evincenda ae quae asseruntur. » La formule amendée fut adoptée à 7 contre 1. Voir *Comm*, 11 (1979), 83.

b) la preuve (extra)judiciaire [164] avant la *litis contestatio* dans les procédures matrimoniales.

La phase d'introduction d'un procès en vue d'obtenir une déclaration de nullité de mariage a été réorganisée par le motu proprio *Mitis Iudex*. Par conséquent, une fois que l'une ou l'autre des parties ou les deux présentent une requête (canons 1502 et 1504), le vicaire judiciaire[165] doit, avant

Le canon 1456 du Schéma 1980 (Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum*, Rome, Libreria Editrice Vaticana 1980) fut adopté sans changement et devint le canon 1504 du Schéma 1982 (Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita Patrium Commissionis emendatum atque Summo Pontifici praesentatum*, Rome, Typis Polyglottis Vaticanis 1982) : « Can. 1504 – Libellus quo lis introducitur debet: 2° indicare quo iure innitatur actor et generatim saltem quibus factis et probationibus ad evincenda ea quae asseruntur. »

164 Le canon 1749 ter se lit comme suit: « Iudex ad testificationum aliarumque probationum receptionem ne procedat ante litis contestationem nisi ob iustam et gravem causam. » Dans *Comm*, 38 (2006), 262. Il fut incorporé sans changement dans le Schéma 1976 en tant que canon 170 (CIC 1730); dans *Comm*, 41 (2009), 393.

Le *Coetus* commenta davantage le canon le 27 octobre 1978 et suggéra d'ajouter « exclusis documentis quae adiiciat actor ad libellum litis introductorium, vel quae conventus in contestatione exhibeat, Iudex, etc. » Les consulteurs acceptèrent la proposition et suggérèrent alors de changer la formulation du canon en remplaçant le mot *testimonium* par « la collecte des preuves: » « Iudex ad probationes colligendas ne procedat ante litis contestationem nisi ob gravem causam. » *Comm*, 11 (1979), 99.

Le canon 1481 du Schéma 1980 (Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum*, Rome, Libreria Editrice Vaticana 1980) effaça le terme « pour une juste cause » : « Iudex ad probationes colligendas ne procedat ante litis contestationem nisi ob gravem causam. » Au canon 1481, on décida que le terme traditionnel « juste cause » (*iusta causa*) devait effectivement être remplacé par « un motif grave » (*gravis causa*); voir Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.mis atque Exc.mis patribus commissionis ad novissimum schema codicis iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a secretatia et consultoribus datis*, Rome, Typis Polyglottis Vaticanis 1981, 319.

Le canon 1529 du Schéma 1982 (Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita Patrium Commissionis emendatum atque Summo Pontifici praesentatum*, Rome, Typis Polyglottis Vaticanis 1982) se lit: « Iudex ad probationes colligendas ne procedat ante litis contestationem nisi ob gravem causam. »

165 Lüdicke se montre critique de la formulation au c. 1675 qui parle d'un juge (*Iudex*), alors qu'on aurait dû parler de vicaire judiciaire, qui peut ne pas être le juge dans cette affaire. La responsabilité de « recevoir » une pétition repose sur lui et non sur « un juge ». Lüdicke

d'accepter la cause, « s'assurer que le mariage a irrémédiablement échoué, de sorte qu'il est impossible de rétablir la vie commune conjugale » (canon 1675). Le rôle du juge, c'est-à-dire du vicaire judiciaire, a changé : selon le canon 1965 du *CIC*/1917 et canon 1676 du *CIC*/1983 et avant la promulgation de *Mitis Iudex*, le juge devait voir s'il était possible de réconcilier les parties[166] alors qu'après la promulgation de *Mitis Iudex*, le vicaire judiciaire doit être informé que le mariage en question a irrémédiablement échoué[167]. Dans ce contexte, Lüdicke fait la distinction entre: la certitude[168] et la présomption[169] d'un mariage qui a échoué et met l'accent sur le fait qu'un mariage (civil) qui s'est terminé par un échec n'est pas *per se* un mariage nul aux yeux de l'Église[170].

suggère que le terme *accipere* utilisé au c. 1675 ne fait pas référence à un élément de vérification d'admissibilité, mais plutôt au fait de « recevoir, » « d'obtenir » la pétition. K. LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1675, dans K. LÜDICKE (ed.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, 55[e] édition, Essen, Ludgerus Verlag 2019, 1675/1-2, no. 2 [= LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1675 dans *MK*]. Sur le terme *accipere* voir aussi P.A. MORENO GARCÍA, « El servicio de indagación prejudicial: aspectos jurídico-pastorales, » dans *Ius Canonicum*, 56 (2016) (= MORENO GARCÍA, « Indagación prejudicial »), 70: « No se debe confundir este requisito legal exigido al juez para la admisión de la demanda con la indagación del servicio prejudicial (facultativo, a instancia de parte, con carácter orientativo.) »

166 L'effort de réconciliation était une obligation du juge, selon le c. 1965 *CIC*/1917, alors que le c. 1676 du *CIC*/1983, avant le motu proprio *Mitis Iudex*, parlait d'un effort de la part du juge pur voir s'il y avait espoir de réconciliation. De plus, l'article 65 de l'Instruction *Provida Mater* contenait une disposition voulant que, dans le cas d'une convalidation, le curé devait être impliqué. Voir LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1675 dans *MK*, 1675/1, no. 1.

167 En faisant référence à Ferro Canale, Lüdicke déclare: « Er beantwortet die Frage so, dass nicht das Scheitern der Ehe, sondern die Information darüber an den Richter verpflichtend sei. » LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1675 dans *MK*, 1675/2-3, no. 4. Voir aussi P.A. MORENO GARCÍA, « Indagación prejudicial, » 70. Voir aussi G. NÚÑEZ, « La fase preliminar del nuevo proceso de nulidad, » dans *IC*, 57 (2017), 23 (= NÚÑEZ, « La fase preliminar »).

168 « Es fragt sich, ob sich der Richter des Scheiterns der angefochtenen Ehe gewiss sein kann, wenn die Partner noch nicht nach staatlichem Recht geschieden sind. Nur im Ausnahmefall werden sie die Zivilscheidung von dem Ausgang des kirchlichen Verfahrens abhängig machen, während in der großen Überzahl der Fälle die Verschiebung der Ehescheidung andere Gründe hat als die Unsicherheit, ob die Ehegemeinschaft noch wiederhergestellt werden könnte. Selbst der ungewöhnliche Fall, das sein kirchliches Urteil die Entscheidung darüber bringen soll, ob ein Paar sich zivil scheiden lässt, schließt nicht aus, dass eine Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft ausgeschlossen ist. » LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1675 dans *MK*, 1675/2, no. 3.

169 « Man wird im Ergebnis als Erfahrung der kirchlichen Gerichtspraxis sagen können, dass die (freilich widerlegliche) Vermutung für das endgültige Scheitern einer Ehe steht, wenn einer der Partner beim kirchlichen Gericht den Antrag auf ein Ehenichtigkeitsverfahren stellt. » Ibid., 1675/2, no. 4.

170 En se référant à Ferro Canale, Lüdicke déclare: « Er erinnert an das Prinzip, dass eine gescheiterte Ehe nicht auch *per se* eine nichtige sei. Da das auch umgekehrt gilt – die

L'indication qu'un mariage qui a échoué et qui est probablement nul doit être exposé dans la pétition[171]. Le canon 1504 se lit comme suit: « Le libelle introductif d'instance doit : 2° indiquer sur quel droit et, au moins de façon générale, sur quels faits et preuves se fonde le demandeur pour établir ce qu'il allègue ». Par conséquent, le demandeur doit préciser comment l'allégation sera prouvée et établir qu'un moyen d'argumenter en ce sens existe[172].

La *Ratio Procedendi in causis ad matrimonii nullitatem declarandam*[173] du motu proprio *Mitis Iudex* fournit l'information sur qui peut mener une enquête préliminaire (préjudiciaire ou pastorale)[174] et comment elle peut l'être[175], de telle sorte que le demandeur peut exposer comment les allégations peuvent être prouvées et sur quels fondements elles peuvent l'être.

> Article 2. L'enquête préliminaire ou pastorale, qui accueille dans les structures paroissiales ou diocésaines les fidèles séparés ou divorcés qui doutent

vermutete Nichtigkeit zwingt nicht zum Scheitern der Lebensgemeinschaft –, kann es kein rechtliches Hindernis für eine Ehenichtigkeitsklage sein, dass die Partner noch zusammenleben. Einem Paar, das noch zusammen lebt, wird die Frage zu stellen sein, warum es trotzdem die Nichtigerklärung der Ehe anstrebt. Möglicherweise wird die Ehegemeinschaft der Kinder wegen aufrecht erhalten, solange die Nichtigkeit der Ehe nicht feststeht. » Ibid.

171 « En segundo lugar, no basta constatar la imposibilidad de la reconciliación para admitir a trámite la demanda. Es necesario que la petición goce del requerido *fumus boni iuris* (can. 1505 § 2, n. 4 [*Dignitas connubii*] 121 § 1, n.4) o mínimo fundamento (can. 1676 § 1 [*Dignitas connubii*] 122). » See Moreno García, « Indagación prejudicial, » 71.

172 Lüdicke remet en question l'intention du *Coetus studiorum* « De processibus » lorsqu'a été rédigé le c. 1504 qui dit que la pétition doit (*debet*) être rejetée si les éléments qui sont mentionnés aux nn. 1-3 ne sont pas présentés, de même que l'interprétation du *Coetus* voulant que le terme *debet* doive être compris comme signifiant *ad liceitatem* et non *ad validitatem* (voir *Comm*, 11 [1979], 83). Refuser une pétition sur la base du c. 1505 § 2, 3° permettrait une nouvelle soumission de la pétition précédemment rejetée si on se base sur le c. 1505 § 3. Par conséquent, Lüdicke conclut à juste titre: « Es geht also nicht um eine Erlaubtheit – diese steht als Kategorie gar nicht zur Debatte –, sondern um die Zulassungsfähigkeit einer Klageschrift. Dazu allerdings sind die geforderten Inhalte notwending. (Ungültig wäre eine Klageschrift, wenn sie von einem mandatslosen Prozeßvertreter unterschrieben wäre.) » Lüdicke, Commentaire sur le c. 1504 dans *MK*, 1504/1, no. 2.

173 Voir Pape François, *Ratio procedendi in causis ad matrimonii nullitatem declarandam*, 15 août 2015, dans *AAS*, 107 (2015), 967-970; traduction française dans www.vatican.va.

174 Sur l'appel à la conversion pastorale à la lumière de la réforme de *Mitis Iudex*, voir C. Peña García, « Agilización de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: de las propuestas presinodales al motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* y retos pendientes tras la reforma, » dans *IC*, 56 (2016), 49-51.

175 Núñez reconnaît trois principes directeurs: « 1. Principio de « información », de modo que los fieles tengan noticia y conocimiento fundados de la realidad de los procesos de nulidad, de su naturaleza declarative, de las condiciones de acceso a los mismos. 2. Principio de « acompañamiento » que ayude al discernimiento jurídico-pastoral del verdadero estado personal … 3. Principio de « coordinación » entre los distintos agentes y niveles de la

de la validité de leur mariage ou sont convaincus de sa nullité, a pour but de connaître leur condition et de recueillir des éléments utiles pour l'éventuelle célébration du procès judiciaire, ordinaire ou plus bref. Cette enquête aura lieu dans le cadre unitaire de la pastorale diocésaine du mariage.

Morán Bustos remarque que pour les fidèles séparés et divorcés[176], la présence significative d'un ministère spécialisé est nécessaire[177] ; cette présence est offerte par les tribunaux locaux de même que par les paroisses, « qui non seulement informent et guident ceux qui se présentent, mais vont rencontrer ces fidèles qui sont dans une situation objective où ils peuvent avoir besoin de l'attention du vicaire judiciaire ou du tribunal »[178].

pastoral familiar, de modo que se verifica una presencia real-efectiva de los expertos en las disciplinas jurídico-matrimoniales y de quienes ejercen la actividad judicial en la Iglesia. » Núñez, « La fase preliminar, » 11-12.

[176] Voir aussi A.M. López Medina, « El Motu Proprio *Mitis Iudex* dos años después. Experiencias de su aplicación en España en materia de la investigación prejudicial o pastoral previa al proceso de nulidad matrimonial y la práctica del proceso *brevior*, » dans *IC*, 58 (2018), 197-198 (= López Medina « Investigación prejudicial »).

[177] Núñez reconnaît aussi que l'enquête préliminaire n'est pas « algo estático y puntual al presentarse algún fiel separado o divorciado que desea un asesoramiento jurídico sobre la validez de su matrimonio, sino de una labor dinámica más o menos intensa en la atención pastoral de los matrimonios. » Dans Núñez, « La fase preliminar, » 13. López Medina propose d'utiliser également les centres diocésains de vie familiale pour remplir cette fonction, voir López Medina, « Investigación prejudicial, » 195-196.

[178] C.M. Morán Bustos, « Retos de la reforma procesal de la nulidad del matrimonio, » dans *IC*, 56 (2016), 12 (= Morán Bustos, « Retos de la reforma procesal ») (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Morán Bustos fait référence à « el n. 102 del *Instrumentum laboris* de la Asamblea extraordinaria del Sínodo de 2014, y es la idea que subyace al art. 1 de las Reglas de Procedimiento, y la que aparece también en el n. 78 de la *Relatio Synodi* de 2015; en este nivel, la actuación del párroco -completando así el can. 529 § 1- resultará importante, pudiendo muy bien ser ayudado por aquellos fieles que tuvieran conocimientos en estas materias (por ejemplo, abogados, psicólogos o psiquiatras). » Ibid., 13. Voir aussi F. Heredia Esteban, « Relevancia procesal del fracas de las relaciones interpersonales en el matrimonio, » dans *IC*, 57 (2017), 728-730; Núñez, « La fase preliminar, » 13 et 21-23; et V. López Mancini, « La reforma del proceso canónico para la declaración de nulidad del matrimonio. Algunas consideraciones sobre sus objetivos y las novedades introducidas para alcanzarlos, » dans *Revista Chilena de Derecho*, 44 (2017), 603.
Voir aussi López Medina, « Investigación prejudicial, » 196: « Ros Córcoles afirma que nada obsta a que el Vicario judicial sea el que realice esa investigación, al menos para los casos de proceso *brevior*, pues su mission se limita a dictaminar el seguir el proceso y nombrar a instructor y asesor, mientras que Gerardo Núñez opina, invocando el art. 113, 2 de la *Dignitas connubii* que podría dar la sensación, si se involucra el Vicario judicial (u otros jueces del tribunal) en la investigación prejudicial, que esta causa está avalada por el Vicario, o por el juez que ha intervenido. Se está considerando como solución que el tribunal cuente con una persona encargada de estas investigaciones prejudiciales. »

« Le cadre unitaire de la pastorale du mariage » (article 2, *Ratio procedendi*) s'applique au contexte d'une enquête préliminaire[179], particulièrement à ceux qui travaillent dans n'importe laquelle fonction judiciaire, afin de pouvoir fournir les renseignements dont a besoin une partie dans la cause[180].

> Article 3. La même enquête sera confiée par l'Ordinaire du lieu à des personnes jugées idoines dotées de compétences non exclusivement juridiques et canoniques. Parmi elles, se trouvent principalement le curé propre ou celui qui a préparé les conjoints à la célébration du mariage. Cette tâche de consultation peut être confiée aussi à d'autres clercs, consacrés ou laïcs approuvés par l'Ordinaire du lieu.
>
> Le diocèse, ou plusieurs diocèses ensemble, selon les regroupements actuels, peuvent constituer une structure stable pour offrir ce service et élaborer, le cas échéant, un *Vademecum* qui expose les éléments essentiels pour le développement plus approprié de l'enquête.

L'Évêque diocésain ne devrait pas exercer lui-même cette fonction afin d'éviter de compromettre son indépendance judiciaire et d'être obligé de se récuser, au cas où son intervention en tant que juge serait requise, particulièrement si une affaire est admise pour un procès plus bref devant lui[181]. L'enquête préliminaire peut et doit être confiée à des personnes idoines pour cette fonction[182]. Moreno García remarque que l'idonéité et la compétence s'appuient « non seulement sur la capacité légale d'intervenir dans cette enquête préjudiciaire accordée par mandat ou approbation de l'Évêque diocésain, mais aussi sur l'aptitude ou la capacité requise pour remplir cette fonction spécifique, basée sur la science et l'expérience appropriée »[183]. Ceci

179 Voir Morán Bustos, « Retos de la reforma procesal, » 25. Sur le terme « enquête préjudicaire et pastorale », voir Moreno García, « Indagación prejudicial, » 67-68. Sur la nécessité d'une médiation pendant l'enquête préliminaire, voir Núñez, « La fase preliminar, » 26-28.

180 En ce qui concerne la réalisation de cette démarche, Morán Bustos précise trois critères : « 1. Un principio-criterio de 'información', de modo que los fieles tengan noticia y conocimiento fundados de la realidad de los procesos de nulidad, de su naturaleza declarative, de los condiciones de acceso a los mismos … 2. Un principio-criterio de 'acompañamiento' que ayude al 'discernimiento' jurídico-pastoral del verdadero estado personal … 3. Un principio-criterio de 'coordinación' entre los distintos agentes y niveles de la pastoral familiar, de modo que se verifique una presencia real-efectiva de los expertos en las disciplinas jurídico-matrimoniales y de quienes ejercen la actividad judicial en la Iglesia. » Voir Morán Bustos, « Retos de la reforma procesal, » 13-16.

181 Voir Moreno García, « Indagación prejudicial, » 72; et López Medina, « Investigación prejudicial, » 200-205. Voir aussi *Dignitas connubii* art. 22 §2 et art. 113 §2.

182 Voir Núñez, « La fase preliminar, » 28-34.

183 Moreno García, « Indagación prejudicial, » 73. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Voir aussi G. Núñez, « El proceso brevior: exigencias y estructura, » dans *IC*, 56 (2016), 137 (= Núñez, « Proceso brevior »).

nécessiterait aussi une formation appropriée chez ceux qui peuvent aider la partie pendant l'enquête préliminaire, que ce soit au niveau paroissial ou diocésain[184]. Un manuel bien préparé (v*ademecum*)[185] au niveau diocésain ou interdiocésain peut préciser spécifiquement comment ce service peut être fourni dans le cadre d'une enquête préliminaire[186] :

1) Il consiste en un entretien individuel (un ou plus) avec la personne désignée pour cette fonction pour l'enquête préliminaire.
2) Afin d'épuiser les avenues de réconciliation et, là où c'est indiqué, vérifier la faisabilité d'une validation possible ou *sanatio* du mariage.
3) Afin d'explorer les motivations de la personne qui demande l'annulation de son mariage afin de s'assurer de la présence d'un intérêt légitime.
4) Afin d'analyser les faits possibles et discerner s'il y a un fondement pour demander l'annulation de mariage ou non et quelles en sont les raisons.
5) Afin de préparer un mémorandum dans lequel seront soulignés les faits les plus pertinents pour l'annulation du mariage.
6) Sur la base du mémorandum, afin de préparer une compilation de documents pertinents pour le processus d'annulation (certificats médicaux, lettres, messages, courriels, photos, vidéos, etc.).
7) Afin de préparer la liste des témoins qui peuvent confirmer les faits les plus pertinents sur l'annulation du mariage en question.
8) Au cas où ce ne serait pas encore fait, afin de nommer un avocat qui devra présenter la demande en compagnie du requérant et qui devra effectuer les autres démarches procédurales.
9) Afin de préparer la pétition en comblant les lacunes qui se seraient glissées dans le mémorandum et en éliminant les faits qui ne sont pas liés aux fondements possibles pour demander l'annulation du mariage.
10) Afin de présenter le libelle au tribunal compétent.

Cette proposition de Moreno García est conforme à la disposition de l'article 4 de la *Ratio procedendi*.

> Article 4. L'enquête pastorale recueille des éléments utiles pour l'éventuelle introduction de la cause par les conjoints ou leur avocat devant le tribunal compétent. On cherchera à savoir si les parties sont d'accord pour demander la nullité.

La disposition de l'article 4 devient plus pertinente si les deux parties ont l'intention de présenter une pétition qui se qualifierait pour le procès plus

[184] MORENO GARCÍA, « Indagación prejudicial, » 74 et 76.

[185] Voir NÚÑEZ, « La fase preliminar, » 34-36 et LÓPEZ MEDINA, « Investigación prejudicial, » 205-206.

[186] Sur les dix propositions contenues dans un possible *vademecum*, voir MORENO GARCÍA, « Indagación prejudicial, » 78-82. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

bref devant l'Évêque[187]. Cette pétition, « conformément à toute requête en nullité », « doit non seulement porter sur les faits du mariage en question, mais aussi sur les chefs proposés, autrement, il n'y aurait pas de *litis contestatio* »[188].

> Article 5. Une fois rassemblés tous les éléments, l'enquête se termine avec le libelle, qui sera à présenter, le cas échéant, au tribunal compétent.

Selon l'article 5, l'enquête préliminaire se conclut avec la présentation du *libelle* devant le tribunal compétent[189]. Núñez identifie un double but à une enquête préliminaire : premièrement, une évaluation exacte des faits qui ont été amenés de l'avant à cette étape, et deuxièmement, « une estimation que ces indications de nullité existent et, dans ce cas, si les parties demandent l'intervention de l'enquêteur, il ou elle les aidera à rédiger et présenter le *libellus* devant le tribunal compétent, laissant place à l'étape procédurale proprement dite qui commence avec l'examen de l'admission du *libelle* par le vicaire judiciaire (cc. 1676 et 1684), lequel vérifiera si les exigences procédurales requises ont été respectées et que le *libelle* contient un *fumus boni iuris*[190].

Même si son étude a été publiée 10 ans avant la promulgation de *Ratio procedendi*, Wegan explique la responsabilité d'un avocat qui aide un éventuel demandeur à rédiger la pétition, et ceci est conforme aux articles 3 et 4 de la *Ratio procedendi*. Elle recommande que, si un requérant souhaite préparer une pétition et désire parler à un représentant du tribunal ou au curé de sa paroisse, ceci devrait se faire avec l'aide d'un avocat (voir article 113, *Dignitas connubii*). Non seulement un avocat est-il mieux entraîné, mais il ou elle peut aussi aider un demandeur à préparer les faits et les preuves nécessaires avec précision. Au cours de cette étape, un avocat peut aussi

[187] Voir López Medina, « Investigación prejudicial, » 207-208.

[188] « Obviamente, el acuerdo no solo debe versar sobre el hecho de que el matrimonio sea declarado nulo, sino también sobre el motivo o capítulo de nulidad (designados con el mismo *nomen iuris*), de lo contrario no existriría un verdadero litisconsorcio. » Moreno García, « El servicio de indagación prejudicial, » 69.

[189] Voir López Medina, « Investigación prejudicial, » 208-209. Sur la compétence d'un tribunal, voir Moreno García, « El servicio de indagación prejudicial, » 70. Núñez conclut: « Otra de las dudas que ha suscitado la normativa proviene de la formulación del art. 4 RP, y hace referencia a si las partes tienen la obligación de acudir a la investigación prejudicial como requisito previo a la introducción de un proceso; es decir, si constituiría un requisito *sine qua non* para acceder a los tribunales eclesiásticos. La repuesta que ha dado la doctrina es que un servicio facultativo para los fieles. Esta conclusion viene reforzada por lo dispuesto en el art. 5 RP que afirma que la investigación se cierra, si es el caso, con la presentación del libelo ante el tribunal competente. » Núñez, « La fase preliminar, » 22.

[190] Núñez, « La fase preliminar, » 37. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

déterminer sur quels fondements le demandeur a l'intention de s'appuyer pour obtenir une déclaration de nullité de mariage[191]. Se référant au cardinal Jullien, elle croit que l'avocat devient « le premier juge d'une cause de nullité »[192]. Dans ce contexte d'une enquête préliminaire, l'avocat aide aussi le demandeur à préparer et à soumettre les documents nécessaires à la cause, conformément à l'article 4 de *Ratio procedendi*[193].

Une fois que le libelle a été préparé et soumis, le vicaire judiciaire le reçoit et doit, soit l'accepter, soit le refuser. Le canon 1676 § 1 se lit comme suit[194] : « Après avoir reçu le libelle, le Vicaire judiciaire, s'il l'estime reposer sur quelque fondement, l'admettra et par un décret apposé à la fin du libelle, ordonnera qu'une copie en soit notifiée au défenseur du lien, et, à

[191] M. WEGAN, « Zur Bedeutung der anwaltlichen Begleitung und vor allem Beratung für die Parteien im Vorfeld und im Rahmen des kirchlichen Ehenichtigkeitsverfahrens, » dans *DPM*, 12 (2005), 91 (= WEGAN, « Zur Bedeutung der anwaltlichen Begleitung ») : « Bei vorliegen mehrerer Ehenichtigkeitsgründe, muss der Anwalt eine kluge und kompetente Auswahl treffen. Es hat wenig Sinn, alle möglichen Nichtigkeitsgründe in der Klageschrift nebeneinander anzuführen, wie dies häufig geschieht, wenn die Partei keinen Anwalt konsultiert hat. Dies erschwert und verzögert nicht nur das Beweisverfahren, sondern auch die objektive Wahrheitsfindung durch den Richter. Ohne von der Wahrheit abzuweichen, wird der kluge Anwalt eher juristische als psychische Ehenichtigkeitsgründe vorlegen, da letztere oft von der belangten Partei nicht order nur schwer akzeptiert werden und diese auch mit einem erhöhtem … Zeitaufwand verbunden sind. »
Voir aussi J.M. MARTÍ SÁNCHEZ, « El abogado ante las causas matrimoniales canónicas. Ciertas cuestiones deontológicas, » dans *IC*, 57 (2017), 255-259. Núñez rend: « Hasta la actual reforma, las demandas estaban redactadas por los abogados de las partes, ya sean de libre elección o escogidos de los patronos estables de la lista del tribunal, sin que la autoridad de la Iglesia o su personal judicial se inmiscuyera en los trámites anteriores a la presentación de la demanda, entre los que estaba la recopilación de las posibles pruebas (documentos, testigos, pericias, etc.) y la redacción y presentación de la demanda. Al diseñar esta nueva fase prejudicial y pastoral el Legislador ha modificado en parte esta posición: su *mens* es que los agentes pastorales se impliquen directamente, también en la parte propiamente jurídica, y, si fuera necesario, su ayuda deberá llegar hasta la presentación de la demanda. » NÚÑEZ, « La fase preliminar, » 37; voir aussi LÓPEZ MEDINA, « Investigación prejudicial, » 195.

[192] WEGAN, « Zur Bedeutung der anwaltlichen Begleitung, » 90.

[193] Voir ibid. « Die Partei muss, auch wenn es ihr schwer fällt, zum genauen Nachdenken über die Vergangenheit angeregt werden, zur Vorlage von Schriften, Briefen, ärztlichen Zeugnissen und anderen Dokumenten, die ihre Angaben bestätigen können. »

[194] Lüdicke fait le commentaire suivant sur l'histoire de ce canon : « § 1 fasst in kurzen Sätzen zusammen, was in 1505 § 1 (Prüfung der Zulässigkeit), 1507 § 1 (Ladung und Aufforderung zur Stellungnahme) und 1508 §§ 1 und 2 (Zustellung der Ladung und Beifügung der Klageschrift) ausführlicher geregelt ist. In Umkehrung des Klageabweisungskriteriums nach 1505 § 2, 4° (Fehlen jedes Fundamentes für die Klage) ist eine positive Prüfung des Klagefundamentes aufgenommen worden. 1677 § 1 (alt) verwies auf den Ladungsvorgang nach 1508. Die Schritte waren in Art. 127 §§ 1 und 2 *DC* redaktionell einfacher zusammengefasst. » LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1676 dans *MK*, 1676/2, no. 1.

moins que le libelle ait été signé par les deux parties, à la partie citée, en lui donnant un délai de quinze jours pour exprimer son point de vue sur la demande ». Si le libelle présente un quelconque fondement, le vicaire judiciaire l'accepte[195].

Dans le cadre d'un procès plus bref devant l'Évêque[196], le canon 1683 dit : « Il appartient à l'évêque diocésain lui-même de juger les causes de nullité de mariage par un procès plus bref à chaque fois que : 1° la demande est faite par les deux époux ou l'un d'entre eux, avec le consentement de l'autre ; 2° reviennent des circonstances de faits et de personnes, soutenues par des témoignages ou des documents qui ne nécessitent pas des recherches ou une enquête plus approfondie et rendent manifeste la nullité ». Il est requis pour ce procès que les deux parties en fassent la demande et qu'au moins, l'autre partie y consente[197], et qu'il y ait un fondement suffisant étayé par des témoignages et des documents qui ne demandent pas d'enquête préliminaire[198],

[195] « En el praxis habitual hasta ahora de muchos tribunales, recibida la demanda, el vicario judicial constituía por turno el colegio que debía entender la causa correspondiendo al Presidente del mismo la tarea de admitir o rechazar la demanda. En opinión de algunos autores esta novedad supone una revalorización de la función del vicario judicial mientras que para otros necesita ser interpretada a la luz de la lógica procesal. » J. ROS CÓRCOLES, « El vicario judicial y el instructor en los procesos de nulidad matrimonial tras el motu proprio *Mitis Iudex*, » dans *IC*, 56 (2016), 89.

[196] Au sujet de l'exercice personnel et exclusif de son pouvoir décisionnel dans le procès plus bref, voir M. DEL POZZO, « Chiarimenti pontifici sul 'processus brevior'. Riflessioni alla luce del Discorso del 25 novembre 2017, » dans *IC*, 58 (2018), 10-13.

[197] Voir LÓPEZ MEDINA, « Investigación prejudicial, » 212-214.

[198] Voir J. FERRER ORTIZ, « Valoración de las circunstancias que pueden dar lugar al proceso abreviado, » dans *IC*, 56 (2016), 164 (= FERRER ORTIZ, « Proceso abreviado »). Voir aussi M.J. ROCA FERNÁNDEZ, « Criterios inspiradores de la reforma del proceso de nulidad, » dans *IC*, 57 (2017), 582-584 (= ROCA FERNÁNDEZ, « Proceso de nulidad »).
JENKINS, « Article 14 de *Mitis Iudex Dominus Iesus*, » 260 : « Le moment initial et critique est celui où se fait la présentation du *libelle*, plus particulièrement si les requérants souhaitent demander un procès plus bref. Les circonstances de faits et de personnes doivent manifester la nullité et être appuyées par des preuves solides … Comme tout ceci doit se trouver dans le libelle – et ne pas exiger un examen ou une enquête supplémentaire (mais être immédiatement accessible) – une incapacité à produire un libelle adéquat signifiera qu'on ne peut avoir accès au procès plus bref ».
Sur la nécessité d'avoir tout de même enquête préliminaire dans le cas d'un procès plus bref devant l'Évêque, voir LÓPEZ MEDINA, « Investigación prejudicial, » 211 : « Sabemos que la investigación prejudicial puede concluir demandando la nulidad del matromonio por el proceso ordinario o por el proceso más breve, pero ¿es imprescindible que se haya llevado una investigación prejudicial para solicitar el proceso *brevior*? En principio, si tenemos en cuenta que este tipo de proceso se contempla para causas en las que no se prevé la realización de más instrucción, la lógica indica que alguna indagación previa se habrá debido hacer, dado que no se planea hacer ninguna más y no hay otro tipo de

puisque les preuves recueillies rendent la nullité manifeste[199]. C'est le vicaire judiciaire qui détermine ceci et: « Il ne lui est pas permis de mener une enquête ou examen sur le libelle. Si les circonstances présentées et les preuves qui les appuient ne manifestent pas la nullité, un procès ordinaire doit s'ensuivre. Et ici encore, le vicaire judiciaire est tenu de prendre sa décision en tenant dûment compte de la jurisprudence de l'Église[200] ».

Jenkins se questionne à savoir si « les mêmes personnes impliquées dans l'enquête pastorale peuvent ensuite aider à la rédaction du libelle »[201] et, par conséquent, il sépare l'enquête préliminaire (pastorale) de l'aide qui peut être apportée au demandeur dans la rédaction d'un libelle. Ce qui est intéressant toutefois est la divergence dans les commentaires qui sont présentés : alors que certains auteurs indiquent qu'aucune enquête préliminaire n'est requise dans le cas d'un procès plus bref devant l'Évêque, d'autres indiquent qu'elle est nécessaire afin de déterminer réellement si l'affaire présentée et les fondements qui l'appuient en justifient l'admission au procès plus bref.

Le canon 1684 se lit comme suit : « Le libelle par lequel est introduit le procès plus bref, en plus des éléments énumérés au can. 1504, doit : 1° énoncer brièvement, entièrement et clairement les faits sur lesquels se fonde la demande, 2° indiquer les éléments de preuve qui peuvent être immédiatement recueillis par le juge, 3° joindre en annexe les documents sur lesquels se fonde la demande ». Pour accepter le libelle, le vicaire judiciaire[202] doit vérifier si les éléments du canon 1504 ont été respectés, particulièrement le court exposé des faits de la cause et les preuves qui l'appuient[203]. Il existe

investigación reglada excepto ésta que aparece en los arts. 2 a 5 de las Reglas de Procedimiento. Pero por otra parte los cánones 1683 y 1684 no la exigen como requisito para solicitar que se siga este proceso. »

[199] Voir M. GAS-AIXENDRI, « La dimensión jurídica del matrimonio canónico a la luz del magisterio reciente. Observaciones a propósito de la reforma del proceso de nulidad realizado por el Motu Proprio *Mitis Iudex*, » dans *IC*, 57 (2017), 117-118 (= GAS-AIXENDRI, « La dimensión jurídica del matrimonio canónico »); voir R.E. JENKINS, « Applying Article 14 of *Mitis Iudex Dominus Iesus* to the *Processus brevior* in Light of the Church's Constant and Common Jurisprudence on Nullity of Consent, » dans *Jur*, 76 (2016), 233 (= JENKINS, « Article 14 of Mitis Iudex Dominus Iesus »).

[200] JENKINS, « Article 14 of *Mitis Iudex Dominus Iesus*, » 261.

[201] Ibid., 260.

[202] « La nueva legislación de mayor protagonismo al vicario judicial en el inicio de los procesos; muchas de las decisiones que debía tomar el juez, ahora son tomadas por el vicario judicial. Ello abre algún interrogante en relación a la admission de la demanda. » NÚÑEZ, « El proceso brevior, » 139.

[203] Voir P. BIANCHI, « Il servizio alla verità nel processo matrimoniale, » dans *IC*, 57 (2017), 95-96; voir aussi J.I. BAÑARES, « El artículo 14 de las Reglas de Procedimiento del M.P. *Mitis Iudex*. Supuestos de hecho y causas de nulidad, » dans *IC*, 57 (2017), 51.

une légère différence entre le procès ordinaire et le procès plus bref devant l'Évêque : alors que pour le procès ordinaire, il suffit d'indiquer la façon avec laquelle le demandeur a l'intention de prouver les allégations, le procès plus bref devant l'Évêque exige des preuves qui peuvent être facilement recueillies par le juge[204]. Article 14 de la *Ratio procedendi* dit :

> § 1. Parmi les circonstances de faits et de personnes qui permettent le traitement des causes de nullité du mariage par le procès plus bref selon les canons 1683-1687, sont comprises par exemple : le manque de foi qui peut générer la simulation du consentement ou l'erreur qui détermine la volonté, la brièveté de la vie commune conjugale, l'avortement provoqué pour empêcher la procréation, la persistance obstinée dans une liaison extraconjugale au moment du mariage ou immédiatement après, la dissimulation dolosive de la stérilité ou d'une grave maladie contagieuse ou des enfants nés d'une relation précédente ou bien d'une incarcération, la cause du mariage tout à fait étrangère à la vie conjugale ou consistant dans la grossesse imprévue de la femme, la violence physique infligée pour extorquer le consentement, l'absence d'usage de la raison prouvé par des documents médicaux, etc.
> § 2. Parmi les documents étayant la demande, il y a tous les documents médicaux qui peuvent rendre à l'évidence inutile de recourir à une expertise *ex officio*.

L'article 14 de la *Ratio procedendi* offre donc un exemple de quels documents peuvent être permis pour indiquer la nullité du mariage en question et l'appuyer, et le § 2 précise quels documents médicaux peuvent prouver l'existence d'une raison qui rendrait le mariage nul. Tout examen supplémentaire de la cause ou tout témoignage additionnel ne sont plus nécessaires dans ce cas[205]. Le § 1 donne également des exemples qui ont été confirmés depuis un certain temps par la jurisprudence[206], « identifiés comme étant des éléments symptomatiques de la nullité du consentement matrimonial et dont l'existence peut être facilement prouvée »[207]. Toutefois, Ferrer Ortiz se montre aussi critique des exemples utilisés dans l'article 14, étant donné que cela pourrait restreindre les possibilités qui, même si elles peuvent être applicables aujourd'hui, peuvent

[204] Voir Núñez, « El proceso brevior, » 139.

[205] Voir Ferrer Ortiz, « Proceso abreviado, » 164-165.

[206] Voir Tribunal apostolique de la Rote romaine, *Subsidio aplicativo del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Cité du Vatican 2016, 33. Voir Jenkins, « Article 14 of *Mitis Iudex Dominus Iesus*, » 238-243; et l'explication détaillée de chaque circonstance mentionnée à l'article 14, voir ibid., 243-259.

[207] Ferrer Ortiz, « Proceso abreviado, » 165. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.) Voir aussi Roca Fernández, « Proceso de nulidad, » 584-585 et Gas-Aixendri, « La dimensión jurídica del matrimonio canónico, » 118.

ne pas l'être dans l'avenir[208]. Le canon 1505 porte sur le rejet du libelle et déclare : « § 2. Le libelle ne peut être refusé que : 3° si les dispositions du canon 1504, nn. 1-3 n'ont pas été respectées ; 4° s'il ressort clairement du libelle lui-même que la demande est dénuée de tout fondement et qu'il est impossible que le déroulement de la procédure en fasse apparaître un. Cox remarque que, selon le canon 1676 § 1, le vicaire judiciaire « … évalue si un *fumus boni iuris*, un signe qu'il existe à tout le moins un fondement quelconque appuyant l'allégation, est présent. Finalement, le juge doit voir s'il y a un espoir de présenter une preuve de l'allégation. Si les formalités requises pour un *libelle* n'ont pas été respectées ou s'il n'y a aucun fondement ou preuve qui viennent appuyer l'allégation, le juge refuse le *libelle*[209] ». Si la pétition n'indique pas, « au moins de façon générale, sur quels faits et preuves se fonde le demandeur pour établir ce qu'il allègue » (canon 1504, 2º), le juge peut la refuser ou remettre à plus tard sa décision et demander au requérant de fournir l'information requise selon le canon 1505, § 3[210].

Semblable à la disposition que l'on retrouve dans le Code de droit canonique de 1917, le Code de droit canonique de 1983 ne permet pas un interrogatoire des parties ou des témoins avant la *litis contestatio,* à moins que ce ne soit pour un motif grave[211] : Canon 1529. « Le juge ne commencera pas, sauf pour un motif grave, à réunir les preuves avant la litiscontestation ». Non seulement la litiscontestation détermine-t-elle les fondements de la cause, mais elle affecte aussi la nature des questions proposées, la pertinence des témoins, et les preuves additionnelles qui doivent être recueillies. Cox spécifie aussi que, afin de sauvegarder le droit de défense du défendeur (partie appelée), la collecte des preuves ne doit commencer qu'une fois que ce dernier a été notifié de la procédure elle-même et que lui a été donné la possibilité d'y répondre et, éventuellement, de contester les accusations[212].

208 Voir FERRER ORTIZ, « Proceso abreviado, » 167-168: « Entiendo que cualquier causa de nullidad puede ser objeto del proceso abreviado, porque lo importante no es la causa en sí, sino los indicios de prueba existentes que deben presentarse junto con la demanda y que permitan emitir una primera valoración no solo de que la petición goza de un *fumus boni iuris*, requisito exigible en todo proceso; sino de que existe una base firme para entender que concurre una causa de nulidad bastante evidente y que, en consecuencia, el obispo podrá alcanzar la certeza moral que el matrimonio fue inválido, sin necesidad de pasar por una instrucción compleja, propria del proceso ordinario. »

209 C.A. COX, « The Contentious Trial [cc. 1501-1670], » dans CLSA *Comm2*, 1658 (= COX, « The Contentious Trial »). Voir aussi LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1505 dans *MK*, 1505/4-5, no. 9.

210 Voir LÜDICKE, Commentaire sur le c. 1505, dans *MK*, 1505/3, no. 8.

211 Sur le terme « motif grave » dans le c. 1529, voir S. RAICA, *A Historical and Canonical Study*, Rome, Pontificia Universitas Gregoriana 1996, 97-100.

212 Voir COX, « The Contentious Trial, » 1670.

Contrairement au canon 1730 du Code de droit canonique de 1917, la norme actuelle ne donne pas une liste de motifs graves, mais dans le respect de la tradition canonique, le danger de mort et l'indisponibilité des témoins peuvent toujours constituer des motifs graves. Toute autre situation est laissée à la discrétion du vicaire judiciaire qui « doit peser la gravité des arguments pour recueillir n'importe quelle preuve avant la formulation du doute. Alors que la collecte des preuves avant la formulation du doute ne doit jamais devenir une pratique courante, le principe voulant que la justice ne soit pas indûment retardée peut parfois fournir un motif suffisamment grave »[213].

3.3 — L'enquête préliminaire dans *Dignitas connubii* (2005)

Avec la promulgation du Code de droit canonique de 1983, l'Instruction *Provida Mater* avait été abrogée (voir canon 6). Le défaut de normes complémentaires pour le droit procédural nouvellement promulgué faisait apparaître le besoin d'une nouvelle instruction qui, selon le canon 34, servirait à clarifier les dispositions de la loi universelle. À part un vaste exposé sur le procès contentieux ordinaire, le Code de droit canonique de 1983 n'offrait que quelques normes spécialement consacrées aux procédures matrimoniales. L'Instruction *Dignitas connubii*, qui jouissait de la présomption de conformité au droit, était destinée aux procédures de nullité de mariage pour les tribunaux diocésains et interdiocésains. Une décennie après l'Instruction, le motu proprio *Mitis Iudex* apportait de nouveaux changements aux procédures matrimoniales, ce qui demandait une mise à jour de *Dignitas connubii*. En ce qui concerne le processus ordinaire d'annulation de mariage, la nouvelle législation n'apporte que quelques changements; le procès plus bref devant l'Évêque est nouveau et une adaptation partielle des articles de *Dignitas connubii* est possible dans le cadre de cette étude sur l'enquête préliminaire[214].

L'article 113 se réfère à une enquête préliminaire dans le cadre de la phase d'introduction d'un procès :

> § 1. Chaque tribunal doit avoir un bureau ou une personne auprès de qui quiconque puisse librement et facilement obtenir un conseil sur la possibilité et la façon de procéder pour introduire le cas échéant la cause de nullité de son mariage.

[213] Ibid.

[214] Sur la valeur normative de *Dignitas connubii* à la lumière de *Mitis Iudex*, voir C.M. Morán Bustos, « La vigencia de la Instrucción *Dignitas connubii* a la luz del M.P. *Mitis Iudex*, » dans *IC*, 57 (2017), 613-626.

§2. S'il arrive que cette fonction soit exercée par des ministres du tribunal, ils ne peuvent remplir le rôle de juge ou de défenseur du lien en la cause.
§3. Dans la mesure du possible, seront constitués en chaque tribunal des avocats stables, rémunérés par le tribunal lui-même, qui puissent exercer la charge dont il s'agit au §1, et qui puissent exercer la charge d'avocats ou de procureurs pour les parties qui préféreraient les choisir (cf. c. 1490).
§4. Si la charge dont il s'agit au §1 est confiée à un avocat stable, il ne peut accepter de défendre une cause à un autre titre qu'à celui d'avocat stable.

Cet article 113 instaure un bureau ou une charge de conseiller qui sera en contact avec un éventuel requérant, et qui sera capable d'expliquer la procédure matrimoniale elle-même. La formulation utilisée dans cet article indique que ce bureau ou cette charge n'est pas facultatif, mais obligatoire[215]. Contrairement à l'enquête préliminaire qui avait cours à la fin du XIXe siècle, celle qui est envisagée par *Dignitas connubii* n'est pas un avant-procès ou un procès sommaire, mais une étape de consultation obligatoire[216]. Núñez, en se référant à l'article 113 §1, identifie la personne comme étant un assesseur, et dit que « l'article 113 §2 s'applique à ces assesseurs »[217] pour que l'impartialité du juge puisse être préservée. Cette opinion n'est pas entièrement partagée, puisque le §3 utilise le mot « stable » pour parler de l'avocat nommé par le tribunal lui-même et qui, selon le §4, doit remplir, outre les fonctions d'avocat, celles exposées dans la nouvelle enquête préliminaire obligatoire dont fait mention le §1. Cet avocat peut aussi être nommé dans ces cas s'ils mènent à la soumission d'une pétition[218] et aller plus avant.

Parmi les autres exigences nécessaires à une pétition, l'article 116 dit : « §1. Le libelle qui introduit la cause doit 3° indiquer, au moins de façon générale, sur quels faits et preuves se fonde le demandeur pour établir ce qu'il allègue. §2. Il faut joindre au libelle un extrait authentique du mariage

215 De plus, Núñez déclare : « En todo caso, la norma no indiaba requisitos especiales en las personas que podían desarrollar esta labor consultiva, por lo que se debía entender en sentido amplio: no era necesario ni títulos especiales, ni el sacerdocio, aunque lógicamente era necesaria una adecuada preparación técnica, pastoral y humana. » NÚÑEZ, « La fase preliminar, » 19.

216 Voir ibid., 18-19.

217 « A estos asesores se les debe aplicar el art. 113 §2. » NÚÑEZ, « El proceso brevior, » 138. (*La version française est fournie par l'auteur de cette étude*.)

218 « Como se ve, la labor de asesoramiento llevada a cabo primariamente tenía por finalidad informar de las posibilidades de actuación, y sólo posteriormente, si la parte lo veía oportuno y con la intervención de un abogado (que podia ser el patrono estable que le había asesorado previamente), se debía realizar toda la labor jurídica necesaria con el fin de la presentación de la demanda ante el juez. Indudablemente, lo que parece claro es que estas indicaciones vienen integradas en el nuevo servicio de ayuda predispuesto en las actuales R[atio]P[rocedendi]. » NÚÑEZ, « La fase preliminar, » 19.

célébré et, le cas échéant, un document attestant l'état civil des parties »[219]. La pétition expose ce qui est spécifiquement contesté, par exemple, que les parties ont tenté de contracter le mariage en question à une date précise et à un endroit précis. Autre qu'une brève explication sur les chefs suggérés, la pétition doit résumer, au moins en termes généraux, les faits sur lesquels la nullité est invoquée et comment le demandeur « … se propose d'établir ce qu'il allègue, c'est-à-dire quelles preuves vont-elles être présentées au tribunal (§ 1, 3°). Un exposé détaillé des preuves n'est pas encore nécessaire. À ce stade, la pétition peut donner seulement des renseignements généraux sur la preuve qui sera apportée, plus particulièrement qui agira comme témoin au procès et, en termes généraux, ce sur quoi les témoins parleront »[220]. Dans ce contexte, une copie de l'extrait de mariage et une copie du décret de divorce doivent être présentées comme preuves du mariage en question. Ceci est aussi mentionné à l'article 116 § 2 et, selon le commentaire de Lüdicke/Jenkins, et aide à établir les faits sur le moment et le lieu où l'échange de consentements de ce mariage est survenu. De plus, Lüdicke/Jenkins parle des autres « documents portant sur l'état civil des parties », mais se concentre surtout sur les licences civiles de mariage si ce mariage a été contracté par des non-catholiques ou, pour les catholiques, un mariage contracté avec la dispense appropriée sur le plan civil[221].

Plusieurs tribunaux exigent d'autres documents, tels que des actes de baptême et la preuve que le mariage en question a obtenu un divorce sur le plan civil. La collecte des informations sur le mariage et la mise à disposition de la documentation se fait dans le cadre de l'enquête préliminaire. Par exemple, l'article 117 se lit comme suit : « Si on propose une preuve à travers des documents, il faut fournir ceux-ci, dans la mesure du possible, uniquement au libelle; si on la propose à l'aide de témoins, il faut indiquer leurs noms et domiciles. Et si on propose d'autres preuves, il faut indiquer au moins génériquement les faits ou les indices d'où elles proviennent. Rien n'empêche d'apporter en cours de jugement des preuves ultérieures de n'importe quel genre ». C'est à la discrétion du demandeur de décider quels documents sont utiles au tribunal, dépendamment du type de procès qui peut être essayé, par exemple, un procès documentaire ou un procès formel. De plus, l'article 117 permet la soumission d'autres documents qui ne sont pas mentionnés dans l'article 116, s'il est montré que cela est nécessaire et utile. S'ils ne sont pas présentés à cette étape (de l'enquête préliminaire), la partie concernée peut les produire au cours du procès lui-même ou choisir « de ne pas

219 Lüdicke/Jenkins, 206-207.
220 Ibid., 208.
221 Voir ibid., 209.

effectivement demander l'admission des preuves mentionnées dans le libelle introductif d'instance »[222].

L'article 120 fait ensuite référence à l'enquête préliminaire elle-même[223] : § 1. Le président peut et doit, le cas échéant, mener une enquête préliminaire quant à la compétence du tribunal et à la capacité du demandeur d'ester en justice. § 2. Quant au fond de la cause, il ne peut mener une telle enquête préliminaire qu'en vue de décider l'admission ou le rejet du libelle, si celui-ci semble manquer de tout fondement; et il ne peut le faire que pour voir s'il est possible que la procédure fasse apparaître quelque fondement ». C'est la première fois qu'un document romain applicable à tous les tribunaux locaux de première instance parle d'une enquête préliminaire dans le cadre des procédures de nullité de mariage. L'article 120 permet au juge président de demander l'enquête avant d'accepter ou de refuser la pétition afin d'établir les faits et les circonstances nécessaires à l'admission ou le refus de la pétition : « Le but de l'enquête, une procédure qui n'est pas prévue dans le Code, est de vérifier si les exigences de la loi ont été observées en vue de l'admission d'un *libelle* : la compétence, la capacité procédurale, la présence d'un *fumus boni iuris* »[224]. Si le juge président est responsable, cela veut dire qu'un libelle a déjà été soumis et que le vicaire judiciaire a constitué le tribunal, conformément à l'article 118, mais que l'instance n'a pas encore commencé[225]. Cela a changé avec le motu proprio *Mitis Iudex*, et le tribunal est constitué après la *litiscontestatio*, ce qui signifie que le vicaire judiciaire est responsable de l'enquête préliminaire.

[222] Ibid., 210.

[223] Le *Primum Schema a Commissione approbatum* du 22 février 1999 dit : « Art. 120 - § 1. Praeses potest et debet, si casus ferat, praeviam investigationem instituere quoad questionem de competentia tribunalis et de actoris legitima persona standi in iudicio. § 2. Quoad meritum vero causaw eam tantum instituere potest in ordine ad libellum admittendum vel reiciendum, si libellus videatur quolibet carere fundamento, et quidem tantummodo ad videndum num fieri possit ut aliquod ex processu fundamentum appareat. » Cette proposition fut adoptée pour le *Primum Schema recognitum "De processu ad nullitatem matrimonii declarandam* de juillet 2000. The *Novissimum Schema* de 2002 transforma radicalement l'article 120 qui avait été proposé, le réduisant ainsi à un seul paragraphe et le plaçant directement dans le contexte de l'admission d'une pétition : « Art. 23 - § 2. Quodsi in perpendenda ipsa petitione tribunali visum fuerit, idem, mediis idoneis, circa petendi rationem inquirere profundius ne omittat. » Ce changement fut inversé dans le texte final de *Dignitas connubii* et la version de 2000 de *Novissimum Schema* fut publiée. Voir PONTIFICIA UNIVERSITAS GREGORIANA, *Instructionis* Dignitas Connubii *Synopsis Historica*, Rome, Gregorian and Biblical Press 2015, 126-129.

[224] LÜDICKE/JENKINS, 213. Voir aussi MORENO GARCÍA, « Indagación prejudicial, » 71.

[225] Voir NÚÑEZ, « La fase preliminar, » 17.

Selon *Dignitas connubii*, l'enquête préliminaire au sens strict est la procédure qui permet au vicaire judiciaire de vérifier si le *libelle* qui a été présenté remplit toutes les exigences nécessaires conformément aux canons 1504 et 1505. Il ne s'agit pas de l'enquête préliminaire pastorale au sens des articles 2-5 de la *Ratio procedendi* du motu proprio *Mitis Iudex*, par exemple, la collecte de la documentation, le formulaire d'enquête préliminaire qui est soumis avant ou avec le libelle lui-même, etc. Comme le concluent Lüdicke/Jenkins : « Les dispositions portant sur l'enquête, mentionnées au § 2, se basent sur l'article121 § 1, 4°, qui permet le refus d'un *libelle* si la pétition elle-même indique qu'il n'y a aucun fondement appuyant la nullité du mariage et qu'il est impossible que le déroulement de la procédure en fasse apparaître un. L'enquête préliminaire qui pourrait être permise dans de tel cas pourrait, par exemple, inclure l'interrogatoire du demandeur »[226]. Cela signifie qu'à cette étape, l'interrogatoire n'est pas l'examen judiciaire lui-même, qui n'est pas permis avant la *litis contestatio*, excepté pour un motif grave, selon l'article 160 : « Restant sauf l'art. 120, le tribunal ne commencera pas, sauf pour un motif grave, à réunir les preuves avant que l'on établisse la formule du doute selon l'art. 135, puisque c'est elle qui circonscrit ce qu'il faut rechercher (cf. c. 1529) ».

Le terme *probationes* fait référence à la preuve probable réunie pour déterminer les faits allégués. La pertinence de ces preuves ne devient raisonnable qu'une fois établie la formulation des chefs. Lüdicke/Jenkins déclare : « L'anticipation du commencement de l'étape probative du procès peut résulter dans la collection de trop peu de preuves: cela devrait donc être rectifié au moyen d'une deuxième instruction plus pertinente; dans la collecte de trop de preuves, quelque chose qui irait au-delà du mandate du juge. Dans un cas extrême, cela pourrait mener à la violation des droits fondamentaux dont il est question au canon 220[227] ». Le vicaire judiciaire peut permettre la présentation de preuves par des instructions entre la soumission du libelle et la formulation du doute uniquement si un motif grave le justifie, par exemple, pour éviter un juste jugement en raison d'un délai inutile dans l'instruction, en raison « d'un danger de mort ou du départ d'un témoin de la région de telle sorte qu'une tentative ultérieure pour l'interroger serait difficile, sinon impossible »[228].

L'article 160 ne concerne pas l'enquête par le vicaire judiciaire qui doit vérifier les faits allégués et les circonstances du mariage en question, conformément à l'article 120, et accepter ou refuser la pétition. Si aucun

[226] LÜDICKE/JENKINS, 214.
[227] Ibid., 276.
[228] Ibid.

document et/ou indication d'une preuve probable ne sont produits dans le cadre de la pétition, ou s'ils manquent de fondement et ne peuvent en établir, le vicaire judiciaire peut ou doit refuser la pétition, conformément à l'article 121 : « § 1. Le libelle ne peut être refusé que: 3° si les prescriptions de l'art. 116 § 1, 1° à 4° n'ont pas été observes, 4° s'il ressort clairement du libelle lui-même que la demande est dénuée de tout fondement et qu'il est impossible que le déroulement de la procédure en fasse apparaître un (cf. c. 1505 § 2) ».

Lüdicke/Jenkins distingue avec attention entre le moment où un *libelle* doit être refusé et celui où il peut être refusé[229]. Une pétition doit être refusée si : elle ne dit pas ce qui est recherché et par qui; elle n'est pas validement signée par le demandeur ou un procureur légitimement nommé ; elle ne contient pas certaines informations, telles que l'adresse du domicile ou l'adresse postale du demandeur ou du procureur[230]. Et une pétition peut être refusée si[231] : elle ne contient pas, au moins en termes généraux, d'explication pour alléguer qu'un mariage spécifique est nul ; elle n'offre aucune preuve qui appuie la nullité alléguée du mariage en question ; lle ne contient aucun fondement et il sera impossible d'en découvrir un au cours du procès lui-même.

[229] Voir ibid., 215-217.

[230] « L'article 121 § 1, 3° … ne mentionne pas l'article 116 § 1, 5°, qui stipule que la pétition doit contenir le lieu du domicile ou du quasi-domicile du défendeur. On peut en conclure que la pétition doit être admise si elle ne contient aucun défaut autre que l'absence du lieu de domicile ou de quasi-domicile du défendeur. Cependant, dans de tels cas, le tribunal ne peut déterminer sa compétence si cette dernière doit être basée sur le lieu du domicile ou du quasi-domicile du défendeur. Dans un cas comme celui-ci, il ne serait pas permis d'accepter le *libelle*. Le juge doit plutôt exiger du demandeur qu'il fournisse l'information manquante. C'est seulement après que le juge serait en mesure d'en arriver à une décision concernant l'admission de la pétition ». Ibid., 216.

[231] « Une pratique a vu le jour dans certains tribunaux suivant laquelle des décisions soi-disant informelles sont rendues contre l'allégation du demandeur. Même si une pétition qui manque de fondement en droit est refusée, on informe la partie que les chances d'une issue positive à la requête sont hautement improbables. En fait, on dit à la partie que la demande de nullité a reçu une décision négative informelle. Cette façon de procéder est manifestement illicite. Cela ne frappe pas seulement au cœur de l'exercice du *ius agendi* de la part du demandeur, mais on porte aussi un jugement sommaire sur la validité du mariage; ce genre de décision n'est pas prévu dans le droit de l'Église. L'Instruction s'attend à ce que toute l'aide possible soit apportée aux personnes qui souhaitent faire une pétition pour une nullité devant un tribunal ecclésiastique (…). L'aide apportée aux demandeurs dans la préparation adéquate d'une pétition permet de remédier à la tentation de refuser une pétition de façon sommaire basée sur la perception d'une faiblesse dans les mérites de la cause. Le refus ne devrait survenir qu'en ce qui concerne les mérites de la pétition en tant que document préliminaire qui demande un examen ultérieur d'une requête ». Ibid., 217.

Conclusion

Depuis ses débuts jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, une enquête préliminaire dans le cadre des procédures matrimoniales n'était pas directement reconnue dans la législation universelle. Initialement, des coutumes régionales autorisaient une enquête préliminaire qui fut éventuellement reconnue dans différentes instructions locales et une législation particulière. L'accent de cet enquête préliminaire était mis sur la collecte de preuves probables en préparation du *libelle*.

Le Code de droit canonique de 1917 ne reconnaît pas cette enquête, mais des commentaires sur ce Code et l'Instruction *Provida Mater* indiquent que le processus de vérification par le juge, à savoir s'il doit admettre ou refuser un *libelle* qui a été présenté, peut être considéré comme une enquête préliminaire. Il s'agit là d'un changement à partir de l'aide apportée par un représentant du tribunal à un éventuel demandeur dans la préparation d'un *libelle*, par exemple pour l'accompagner dans la collecte d'informations, documentation, etc., nécessaires pour indiquer comment il a l'intention de prouver les allégations, à celui du rôle du juge qui doit évaluer le *libelle*.

Jusqu'en 2015, le Code de droit canonique de 1983 était silencieux en ce qui avait trait à une enquête préliminaire, mais il s'ensuivit l'Instruction *Dignitas connubii* qui, pour la première fois, reconnaissait une enquête préliminaire à un niveau universel; ou, on peut débattre qu'il s'agissait « des deux enquêtes préliminaires » : tandis que l'article 113 de *Dignitas connubii* reconnaît ce qui était habituellement nommé « enquête préliminaire » – c'est-à-dire un représentant du tribunal qui recueille initialement des informations et de la documentation et conseille un éventuel demandeur, lequel, avec l'aide d'un avocat, rédige un *libelle*, et l'article 120 de *Dignitas connubii* qui parle directement d'une enquête préliminaire – et un juge président qui vérifie le *libelle* présenté pour déterminer la compétence du tribunal, le droit du demandeur à ester en justice et les mérites de la cause.

La dichotomie partielle d'une enquête préliminaire demeure après que les dispositions du Code de droit canonique de 1983 sur les procédures matrimoniales furent changées par le motu proprio *Mitis Iudex* et la *Ratio procedendi* reconnaissant une « enquête préjudiciaire et pastorale » sous la supervision d'un représentant du tribunal dans le but de recueillir des informations et de la documentation chez un éventuel demandeur, lequel, avec l'aide d'un avocat, rédigeait le *libelle* (articles 2-5 de *Ratio procedendi*) et l'enquête préliminaire menée par le vicaire judiciaire afin de vérifier des aspects précis d'un *libellus* présenté, conformément à l'article 120 de *Dignitas connubii*.

La nouveauté, toutefois, est que l'enquête préliminaire n'est plus seulement une formalité pour vérifier un *libelle*, mais, tel qu'indiqué dans *Amoris Laetitia*, qu'il s'agit aussi d'une approche pastorale additionnelle auprès de la partie ou des parties grâce à un ministère spécialisé qui les guide et les assiste dans les difficultés d'un mariage qui s'est terminé par un échec. Comme le déclare le Père Francis Morrisey dans un podcast en date du 21 avril 2020[232] :

Il y a eu un autre moment qui, en quelque sorte, a tout rassemblé pour moi, et c'était avec le pape François, et particulièrement *Amoris laetitia* … Après avoir travaillé sur la Commission qui révisait les lois de procédure matrimoniale, il est arrivé, dans *Amoris laetitia*, avec le principe voulant : qu'on commence avec la personne, on ne commence pas avec le principe le plus haut que personne ne va jamais atteindre … commencez avec les personnes, voyez comment vous pouvez les accompagner. Voyez-vous, beaucoup de gens critiquent le pape pour cela, disant qu'il dit que le droit est graduel. Pas une seconde a-t-il dit que le droit était graduel, le droit est là. Mais ma réponse au droit est graduelle. C'est comme l'éducation d'un petit enfant; la situation est là, mais vous devez amener l'enfant à la voir. Pour moi, c'est ce qui a donné un sens à tout ce que j'essayais de faire, en mettant la personne au centre, et non l'institution … et non la loi; et cela m'a juste donné un nouveau … souffle.

En fait, j'étais impliqué dans la révision du Code et ce fut véritablement une expérience d'apprentissage fantastique … et cela m'a aidé. Mais ce que cela m'a donné aussi, ce fut une grande perception de ce qui se trouvait derrière les mots écrits dans le canon, ce sont trois ou quatre mots, mais qu'est-ce que cela voulait dire ? Comment sont-ils arrivés là ? Et cela a été très utile, parce que … le canon 17 dit qu'on doit interpréter les canons … selon l'esprit du législateur. Donc, quiconque est le pape à un moment donné, cela vous donne l'esprit et vous essayez de travailler ainsi.

Il conclut en disant : « Je pense que ce que je fais est d'essayer d'être cohérent dans le message … à partir de la règle de droit … essayer de voir ce qui est bien pour la personne ».

[232] F. Morrisey, « Canon Law and Becoming an Instrument of Peace », Podcast, enregistré le 21 avril 2020, publié le 24 avril 2020 sur https://clsa.org/members-only/clsa-podcast-series.

Studia canonica 54 | 2020, 685-728
doi: 10.2143/STC.54.2.3289272

JURISPRUDENCE

Penal Case

Violation of Canon 1395 §1 by a Cleric with an Adult

Judgement *coram* Vaccarotto, *Extensore* Jaeger, 23 June 2015 (U.S.A.)[1]

1 — *Facti species*

1. – Die 30 novembris 2011 Promotor Iustitiae N.N., ab Episcopo Dioeceseos ad casum deputatus, Tribunali ab eodem Dioeceseos Episcopo die 18 novembris 2011 constituto libellum porrexit, quo R.D. Presbyterum externae violationis praesertim accusavit sexti Decalogi praecepti abusui innixae sacri ministerii, petens ut accusatus saltem suspensione puniretur a divinis vel etiam officii privatione, aliisque adiunctis singulis et, quas putaret, probationibus. Praemissis praemittendis, die 19 martii 2012 Praeses Tribunalis, audiendis auditis, dubium super quo disceptaretur fore statuit: "*Is the accused, the Reverend Presbyter, a priest of* [*this*] *Diocese, guilty of the delict of c. 1395 § 1; namely the persistence with scandal in*

1 — *The Facts*

1. – On 30 November 2011, the Promotor of Justice appointed for the case by the Bishop of the Diocese presented a petition of accusation to the Court constituted by the same Diocesan Bishop on 18 november 2011. Thereby he charged the Revd Presbyter especially with external violation of the Sixth Commandment of the Decalogue connected with abuse of the sacred ministry, asking that the same Revd Presbyter be punished at least by suspension from the exercise of Holy Orders, or also by deprivation of office, adding other details and what he considered to be evidence. The obligatory earlier steps having been taken, on 19 March 2012, the Presiding Judge, having heard those whom he needed

[1] Judgement c. Vaccarotto, with Jaeger writing for the Court, 23 June 2015 (U.S.A.). Sent. 142/2015. English trans. by The Right Reverend Monsignor David-Maria A. Jaeger, O.F.M., who has given his permission to publish both the original and this translation, having secured the consent of *Ponens*.

an external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue with Mrs. T.E.? Insofar as the response is in the Affirmative, it shall be determined what proper canonical penalty is to be imposed on the Reverend Presbyter; not excluding the dismissal from the clerical state". Instructione peracta, actis publicatis, conclusione in causa decreta, probationibus reiectis aliquibus a Convento adhuc oblatis, defensionibus commutatis, die 26 aprilis 2013 Tribunal definitivam tulit primi gradus sententiam edicentem: "*To the charge – Is the Respondent, the Reverend Presbyter, a priest of* [*this*] *Diocese, guilty of the delict of c. 1395 § 1; namely the persistence with scandal in an external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue with Mrs. T.E.? – this Penal Tribunal judges in the affirmative*", nulla autem determinata imposita canonica poena. Loco vero certae poenae impositionis, Tribunal aestimationes proffert de Conventi persona deque eius modo se gerendi et aptitudine (vel non) ad sacrum ministerium una cum adhortationibus de iis, quae Dioecesi gubernio et simul ipsi Convento sint agenda, sub luce nempe factorum, quae Tribunal probata esse censuit, in casu; de quibus autem omnibus – aestimationibus scilicet et adhortationibus – cum non sint iudiciales decisiones causam quodam saltem sub respectu definientes, in gradu appellationis tractandum utcumque non esset (cf. 11 infra).

to hear, the issue was joined as follows: "*Is the accused, the Reverend Presbyter, a priest of* [this] *Diocese, guilty of the delict of c. 1395 § 1; namely the persistence with scandal in an external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue with Mrs. T.E.? Insofar as the response is in the Affirmative, it shall be determined what proper canonical penalty is to be imposed on the Reverend Presbyter, not excluding the dismissal from the clerical state.*" The evidence having been gathered, the record having been published, the conclusion in the case having been decreed, certain additional evidence offered by Defendant having been rejected, Counsel's summations having been exchanged, on 26 April 2013 the Court delivered the first instance definitive decision, in these terms: "*To the charge—Is the Respondent, the Reverend Presbyter, a priest of* [this] *Diocese, guilty of the delict of c. 1395 § 1; namely the persistence with scandal in an external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue with Mrs. T.E.?—this Penal Tribunal judges in the affirmative*". However, no determinate canonical penalty was imposed. In place of the imposition of a certain canonical penalty, the Court offered evaluations of Defendant's person, of his conduct and of his aptitude (or not) for the sacred ministry; likewise, it offered exhortations as to what the Diocesan government and Defendant himself ought to do, in

the light of the facts that the Court decided had been proved, in the case. Since none of those evaluations and exhortations is a judicial decision somehow rendered in the case, there should be no need to treat of any of them in this appellate instance (cf. 11 infra).

2. – Die 15 maii 2013 Conventus adversus primi gradus sententiam directe ad Rotam Romanam appellavit. Turnus rite constitutus est et Conventus, ad Patrocinatus instantiam, iudicialiter est auditus. *Restrictibus iuris et facti* R.D. Promotoris Iustitiae et Appellantis Conventi Patrocinatus commutatis, Nobis hodie respondendum est dubio in altero hoc iurisdictionis gradu necessario statuto (cf. can. 1639 § 1): "*Utrum confirmanda an reformanda sit primi gradus sententia a Tribunali Dioecesano ... die 26 aprilis 2013 lata, seu an constet Conventum delictum patravisse, de quo in can. 1395 § 1, et quatenus adirmative, an delictum graviter imputabiliter patraverit, et quatenus adfirmative, qua poena puniatur*".

2. – On 15 May 2013 Defendant appealed against the first instance decision directly to the Roman Rota. The Rotal Panel was duly constituted and, on Rotal Defence Counsel's motion, Defendant was judicially heard. The summations have been exchanged of the Rotal Promotor of Justice and of Defendant's Rotal Counsel. Thus, it is our duty today to decide the issue necessarily before us in this second instance trial: (cf. can. 1639 § 1): "*Is the first instance judgement given by the Diocesan Court on 26 April 2013 to be confirmed or else to be reformed, namely has it been proved that Defendant committed the crime, of which in can. 1395 § 1, and if affirmative, did he commit it with grave imputability, and if affirmative, by what penalty is he to be punished.*"

2 — In Iure

3. – *De maximis iuris poenalis principiis*. – (Qui sequitur sub n. 3 textus sumitur e coram Jaeger, Sable Extensore, sent. diei 4 martii 2015, 30/2015, nn. 11-12) – "*Nemo puni-*

2 — The Law

3. – *The chief principles of the penal law*.—(The text of this n. 3 is taken from the judgement *coram* Jaeger, *Extensore* Sable, 4 March 2015, nn. 11-12)—"*No one can be punished*

tur, nisi externa legis vel praecepti violatio, ab eo commissa, sit graviter imputabilis ex dolo vel ex culpa" (can. 1321,§ 1). "*Posita externa violatione, imputabilitas praesumitur, nisi aliud appareat*" (can. 1321, § 3). Plane lex cuius violatio delictum censeatur, ob cuius commissionem aliquis ad modo relatas normas puniatur, nonnisi *lex poenalis* est seu lex, quae poenam pro cuiusdam legis violatione statuat, quia effatum "*nullum crimen nulla poena sine lege poenali praevia*" axioma est omnis iuris poenalis fundamentalissimum, quo ablato, vix vel ne vix quidem iustus iuris ordo (italice: "ordinamento") mente posset concipi.

"Igitur potestas puniendi humana habet fundamentum in iustitia, limites in ncessitate sociali. Quae propositio converti nequit, quia utilitas non potest esse fundamentum poenae; iustitia limites praeberet amplissimos, quos humana ratio aequare potest. Haec principia valent pro Statu et pro Ecclesia […]." (F. Roberti, *De delictis et poenis*, Vol. I, Pars I, Impressio altera emendata. Romae: Pont. Inst. Utriusque Iuris, pp. 46-48).

«Quam ob rem, "cum iudex quaestiones dirimit criminales, prae oculis haec principia habeat oportet. In

for the commission of an external violation of a law or precept unless it is gravely imputable by reason of malice or of culpability" (can. 1321 § 1). "*Where there has been an external violation, imputability is presumed unless it appears otherwise*" (can. 1321 § 3). Plainly, the violation of a law is held to be a crime, for which the one who committed it is to be punished according to these norms, only when that law is a *penal law*, namely a law that establishes a penalty for its violation. For indeed the principle: "*nullum crimen nulla poena sine lege poenali praevia*" [there is no crime, and there is no punishment, without a previously made penal law] is the most fundamental axiom of all penal law; without it, a just legal system can hardly, or not at all, be conceivable.

"Thus the human power to punish has its foundation in justice, and its limits in the needs of society. This proposition cannot be reversed, since usefulness cannot be the foundation for punishment; justice offers most ample limits for human reason to reach. These principles hold for both the State and the Church" ... (cf. F. Roberti, *De delictis et poenis*, Vol. I, Pars I, Impressio altera emendata. Romae: Pont. Inst. Utriusque Iuris, pp. 46-48).

«Therefore, "when the judge decides criminal questions, he is to have these principles before his eyes. First

primis – nulla poena sine lege. – *ex l. 19 ff. De ver. obl.;* quare si textus expresse non secernat vel *in dubio iuris,* ex verbis legis ambiguis, poenam inferre iudici non fas est… In *dubio facti,* nempe si dubitetur an crimen patratum sit et an fuerit consummatum, poena edicenda non est; nam *poena ex dubio delicto non oritur*…[*Suarez. De cens. L.X. Sect. 6, n. 5; et lex 5, ff. De Poen.. monet 'satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem condemnari'*]"…Principium est summae aequitatis quae in foro usque praedicatur*: in dubiis pro reo* (M. Lega. Praelectiones in Textum Iuris Canonici de Iudiciis Ecclesiasticis. Lib. II. – Vol. III, Romae: 1899, pag. 117) ».

of all—no punishment without a law—*ex l. 19 ff. De ver. obl.*; hence, if the text does not expressly and distinctly [establish a penalty] or where there is *doubt of law*, it is forbidden for the judge to infer a penalty from ambiguous words of the law …. In *doubt of fact*, namely if it is doubted whether the crime has been committed or whether it has been completed, a penalty is not to be imposed; indeed, punishment does not arise out of a doubtfully committed crime … [*Suarez. De cens. L.X. Sect. 6, n. 5; et lex 5, ff. De Poen. warns 'it is better for the crime to be left unpunished than for the innocent to be condemned'*]." … This is the principle of the highest equity, which is constantly upheld in the courts: *in dubiis pro reo*, when in doubt, find for the accused (cf. M. Lega. *Praelectiones in Textum Iuris Canonici de Iudiciis Ecclesiasticis*, Lib. II.—Vol. III, Romae: 1899, pag. 117) ».

Immo universalis iustitiae et legalitatis, quam aiunt, regulae respondet et can. 221 § 3: "*Christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur*".

Thus, the universal norm of justice and of the rule of law finds expression in can. 221 § 3: "*Christ's faithful have the right that no canonical penalties be inflicted upon them except in accordance with the law.*"

4. – *De peccatis "contra sextum", quae in delicta fiant.* – Inter leges poenales, quae scilicet certos actus in delicta vertant, pro quorum patratione poenae irrogentur canonicae, invenitur can. 1395: "§ 1. *Clericus concubinarius, praeter casum de quo in can. 1394* [de clerico scl. qui

4. – *Those Sins against the Sixth Commandments that are also crimes.*—Among the penal laws, i.e., those laws that make certain acts to be crimes, for which canonical penalties are to be imposed, there is can. 1395: "§ 1. *Apart from the case mentioned in can. 1394* [that of a clergy-

"matrimonium, etiam civiliter tantum, attentaverit"], *et clericus in alio peccato externo contra sextum Decalogi praeceptum cum scandalo permanens, suspensione puniatur, cui, persistente post monitionem delicto, aliae poenae gradatim addi possunt usque ad dimissionem e statu clericali.* § 2. *Clericus qui aliter contra sextum Decalogi praeceptum deliquerit, et quidem delictum vi vel minis vel publice vel cum minore* [...] *patratum sit, iustis poenis puniatur, non exclusa, si casus ferat, dimissione e statu clericali*" (can. 1395).

man who "attempts marriage, even if only civilly"], *a clergyman living in concubinage, and a clergyman who is continuing, with scandal, in another external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue, is to be punished with suspension. To this, other penalties may gradually be added if, after a warning, he persists in the offence, all the way to dismissal from the clerical state.* § 2. *A clergyman who has offended in another manner against the Sixth Commandment of the Decalogue, if the offence was committed by force, or by threats, or in public, or with a minor* [...], *is to be punished with just penalties, not excluding, where the case so warrants, dismissal from the clerical state*".

5. – *De distinctione inter duas can. 1395 paragraphos.* – « Duae paragraphi canonis 1395 factispecies inter se plane distinguendas respiciunt. In paragrapho prima verbum fit de delicto, quod ex definitione tractum habeat temporis, cum consistat in relatione per aliquod saltem tempus protracta, quae sit aut concubinatus (de quo cf. coram McKay, sent. diei 14 maii 2009 [56/2009], quae confirmata est coram Sciacca, sent. diei 27 maii 2011 [93/2011]) aut aliud "*peccatum externum contra sextum Decalogi praeceptum*", in quo clericus per tractum temporis *permaneat*, si *scandalum* eiusmodi *permanere* comitetur. In eiusmodi casu, primum clericus "*suspensione puniatur*", ea spe ut irrogata istiusmodi poena eum

5. – *Distinguishing between the two paragraphs of can. 1395.*—« Plainly the two paragraphs of canon 1395 concern two different kinds of cases. The first paragraph establishes a crime that by its very definition takes place over a length of time, since it consists in a relationship that goes on for at least some period of time. Such a relationship may be either concubinage (concerning which see the judgement *coram* McKay, 14 May 2009, which was confirmed by the judgement *coram* Sciacca, 27 May 2011) or another "*external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue*," in which a clergyman *is continuing* over a stretch of time, if his *continuing* in this sin is accompanied by

ad vitae reformationem ducat seu ad cessandum ab isto "permanere" in eodem peccato externo. Quodsi suspensus clericus, etsi monitus, in eodem peccato externo perstiterit, "aliae poenae" iam irrogatae suspensioni addi poterunt, tamen "*gradatim*", ea semper mente ut clericus a sua in eodem peccato *persistentia* recedat antequam extrema ei irrogetur poena. Solummodo cum ne gradatim quidem graviores factae poenae clericum moverint ad recedendum a peccato in quo adhuc persistat, extrema ei irroganda erit poena, dimissionis nempe e statu clericali. E contra, in paragrapho altera verbum fit de delicto, quod vel per unum actum semel positum iam consummatum sit, cum scilicet peccatum externum contra sextum Decalogi praeceptum vel semel commissum sit, quatenus nempe patratum sit "*vi vel minis vel publice vel cum minore*" » (coram Jaeger, Sable Extensore, sent. diei 4 martii 2015, 30/2015, n. 13).

scandal. In a case such as this, the clergyman is first "*to be punished by suspension*," in the hope that this penalty move him to change his life, namely to cease from "continuing" in that external sin. But if the suspended clergyman, notwithstading a warning issued in the meantime, should still persist in that sin, "other penalties" may be added to the suspension already imposed, yet "*gradually*", always with the intention of having the clergyman cease from his *persistence* in that sin before being subjected to the extreme punishment. Only when not even the progressively graver penalties have failed to move the clergyman to cease from the sin, in which he is still persisting, will the extreme punishment have to be imposed, namely that of dismissal from the clerical state. In the second paragraph, to the contrary, the crime is such that it is fully perpetrated even by a single act. This is so where the external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue is committed "*by force, or by threats, or in public, or with a minor*" » (judgement *coram* Jaeger, *Extensore* Sable, 4 March 2015, n. 13).

6. – *De distinctione intra can. 1395 paragraphum primam*. – Can. 1395 § 1 distinguit inter "*concubinatum*" et "*aliud peccatum externum contra sextum Decalogi praeceptum*" in quo clericus "*cum scandalo permaneat*". Ad concubinatum quod attinet, accuratissimam concludens probatorum canonistarum doctrinae,

6. – *Distinguishing within the first paragraph of can. 1395*.—Can. 1395 § 1 distinguishes between "*concubinage*" and "*another external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue*" in which a clergyman "*is continuing, with scandal*". Concerning concubinage, The Rt Revd Mgr G. McKay summarises

quam praebet, expsoitionem, R.P.D. G. McKay rem ad summum reducens sententiat: "*concubinarii definiuntur personae diversi sexus quae mutuo consilio habituale commercium fornicatorium vel adulterum intendunt ac idem consilium in effectum revera ducunt. Atqui certe non sufficit ut definiatur esse concubinatus commercium carnale etiam diu productum: hoc delictum re vera est quoddam simulacrum matrimonii quare requiruntur et diversitas sexus et consilium mutuum ut concubinarii habitualiter coutantur*" (cf. sent. coram McKay diei 14 maii 2009, 56/09, n. 14; pro integra rei expositione, cf. ibid., nn. 12-14). Quid enim de illo "alio peccato"? Evidenter istud ad concubinatum proxime accedit quin autem omnia comprehendat concubinatus elementa. Proxime accedit quia etiam heic agitur de peccato haud semel commisso verum de peccato quod per tractum temporis pergat, in quo clericus "*permaneat*" seu de pergenti illicita sexualis indolis cum altera persona alterius vel eiusdem sexus relatione. Sicut doctus observat P. G. Di Mattia, OFM Conv. : "No se trata de un pecado aislado u ocasional, sino de un pecado que tiene cierto carácter de estabilidad, es decir, permanente y/o habitual" (Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico – Universidad de Navarra, *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. IV/1, Segunda edición, Pamplona 1997, pag. 581). Cur autem non de

his highly accurate exposition of the teaching of approved canonists thus: "*defined as living in concubinage are [two] persons of different sexes who have a mutual plan for habitual fornication or adultery and who actually give effect to that plan. To be sure, for there to be concubinage it is not sufficient for there to be a sexual relationship, even a long lasting one; for there to be the crime of concubinage it is required for there to be an imitation of marriage, namely for the two to be of different sexes, and for there to be a mutual design to relate habitually to each other in that manner*" (cf. judgement *coram* McKay 14 May 2009, n. 14; for the full exposition of the matter, see there, nn. 12-14). What then of that "other sin"? Evidently that "other sin" comes close to concubinage while not including all the elements of concubinage. It comes close to concubinage in that here, too, it is hardly a matter of a single instance of sinning but rather a matter of sinning that goes on in time, with the clergyman "*continuing*" to sin, namely an ongoing illicit sexual relationship with a person of the other or of the same sex. As is observed by the learned P. G. Di Mattia, OFM Conv.: "It is not a matter of an isolated or an occasional sin, but of a sin that has a certain character of stability, i.e., one that is permanent and/or habitual" (cf. Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico—Universidad de Navarra, *Comentario Exegético al*

concubinatu simpliciter fiat verbum ? Plane lex factispeciem aliquatenus distinctam statuit ut delictum constituat etiam eiusmodi "stabile peccatum", quod, dum concubinatui proxime accedat, aliquo concubinatus proprie dicti elemento nihilominus careat, ita ut, secus ac concubinatus, "quoddam simulacrum matrimonii" non evadat. Di Mattia praebet exemplum "la convivencia homosexual" (cf. ibid.), ubi deficit sexuum diversitas. Aliud exemplum esset relatio, quae cum *de facto* per tractum pergat temporis ideoque "stabile peccatum" evadat, non complectitur "consilium mutuum" nec fortasse in alterutrius fundatur partis verum "consilium" (anglice : plan) sed ex multiplicatione seu serie actuum de facto positorum "habitualis" fit et notam utcumque cuiusdam "stabilitatis" induit. Enimvero ut de concubinatu proprie dicto fiat sermo necessaria est "demonstratio et animi accusati instaurandi cum muliere necessitudines habituales quasi simulacrum castorum conubiorum et adsensus huius ad pravum propositum" (cf. coram McKay, sent. diei 14 maii 2009, 56/09, n. 23); quo proposito et, respective, adsensu deficiente, non de concubinatu fiat sermo verum de "alio peccato" simul ab eo distincto et ad eum accedenti.

Código de Derecho Canónico, Vol. IV/1, Segunda edición, Pamplona 1997, p. 581). In not speaking only of concubinage, the law has established as a crime also a somewhat distinct kind of "stable sin" that, while being close to concubinage, nonetheless lacks some element proper to concubinage and is therefore not seen as "a certain imitation of marriage." Di Mattia offers the example of "a same-sex living together [sexually]" (cf. ibid.), where the element is lacking of the two being of different sexes. Another example would be a relationship, which while it is, *as a matter of fact*, on-going, being therefore a "stable sin", does not include a "mutual plan", and may not even be founded on an actual plan on the part of either party; rather, it is through the multiplication, the serial nature, of the acts that it becomes "habitual" and assumes the character of "stability." On the other hand, for there to be concubinage properly so called, "proof is required both of the intention of the accused [clergyman] to establish habitual relations with the woman, in imitation of marriage, and of the agreement of that woman to this unwholesome design" (cf. judgement *coram* McKay, 14 May 2009, n. 23). Where such a design on the part of clergyman, or agreement with it on the part of the woman, is lacking, it is not concubinage that is at issue but "another sin," one that both approximates concubinage and is yet distinct from it.

7. – *De "permanentia"*. – Ut superius iam est visum, clericus pro "*peccato externo contra sextum Decalogi praeceptum*", qui "aliud" sit ac concubinatus proprie dictus, puniatur cum ipse in eodem "*permaneat*" peccato, non autem cum iam recesserit clericus seu peccatum cessaverit. Legis verba in se certa praecipiunt puniri "*clericum in alio peccato externo contra sextum Decalogi praeceptum cum scandalo permanentem*", impraesentiarum nempe, et nullam statuunt poenam clerico, qui ab eiusmodi peccato cessaverit, inrogandam. Poena autem suspensionis clerico *concubinario*, itidem clerico, qui in "*alio peccato externo contra sextum Decalogi praeceptum cum scandalo"* permaneat, nonnisi medicinalis est et rei emendationis causa inroganda, ita ut cum clericus ab eodem peccato recedat et non amplius in illo permaneat, censurae remissio ei denegari nequeat (cf. can. 1358 § 1) et nulla poena expiatoria illi sit inroganda. Tantum cum suspensus clericus, monitione incassum cessa, in eodem perstiterit peccato, aliae gradatim addi poterunt poenae, quae et expiatoriae sint, usque ad dimissionem a statu clericali (cf. can. 1395 § 1).

7. – *"Continuing" in sin.*—As already seen above, a clergyman is to be punished for an "*external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue"*—which is "other" than concubinage properly so called—while the clergyman "*is continuing*" in that sin, but not when he has already left it behind and the sinning has ceased. The words of the law are certain in themselves as they require punishment to be imposed on "*a clergyman who is continuing with scandal, in another external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue*," i.e., at the present time, and they do not establish any penalty for a clergyman who has ceased from that sin. Indeed, the penalty of suspension for a clergyman living in *concubinage*, and for a clergyman who is continuing*,* "*with scandal, in another external sin against the sixth commandment of the Decalogue*," is but medicinal and is imposed for the purpose of motivating the offender to amendment; wherefore, once the clergyman has ceased from that sin and is no longer continuing in it, remission of the censure cannot be denied him (cf. can. 1358 § 1) and no expiatory penalty is to be imposed on him. Only where the suspended clergyman, having been further warned in vain, persists in that sin, other penalties may gradually be added, expiatory penalties, all the way to dismissal from the clerical state (cf. can. 1395 § 1).

8. – *De scandalo*. – «Ut concubinatus delictum habeatur, "scandalum" non

8. – *Scandal*.—«The law does not require "scandal" for there to be the

requirit lex. Concubinatus in seipso iam est in delictum constitutum […]. E contra “scandalum”, haud secus ac “permanentia”, ingreditur in ipsam circumscriptionem “alius peccati externi contra sextum Decalogi praeceptum”, quod prima paragraphus can. 1395 et delictum esse statuit quatenus clericus in eo “permaneat”. Aliis verbis, ut “aliud peccatum externum contra sextum Decalogi praeceptum”, de quo in eadem paragrapho, quod autem non sit concubinatus, non solum peccatum sed et delictum sit, duo haec *simul* requiruntur “elementa”, quae sunt “permanentia” et “scandalum”, ita ut alterum sine altero ad delictum constituendum non sufficiat » (coram Jaeger, Sable Extensore, sent. diei 4 martii 2015, 30/2015, n. 14). Utcumque, recedente clerico seu cessata clerici in peccato “permanentia”, ita ut iam nullum habeatur puniendum delictum, quod fortasse subsequatur “scandalum”, cum praeteritus peccati status aliquo modo communitati notum fiat, haud sufficiet ad re-constituendum puniendum, quod reapse cessavit, delictum. Immo qui cessatum peccati statum hucusque occultum publici faciant iuris, eo ipso rei forte fiant diffmationis (per *detractionem*) delicti.

crime of concubinage. Concubinage is already a crime in itself […]. Contrary to this, “scandal”, just like “continuing” in the sin, belongs to the very definition of that “*other external sin against the sixth commandment of the Decalogue*,” which the first paragraph of can. 1395 lays down is also a crime to the extent that a clergyman “is continuing” in it. In other words, for that “other external sin against the Sixth Commandment of the Decalogue,” of which in that paragraph, which is not concubinage, to be not only a sin but also a crime, these two “elements” must be present *together*: “continuing” in sin and “scandal”, so that the presence of only one of them without the other is not sufficient to constitute a crime » (cf. judgement *coram* Jaeger, Sable *Extensore*, 4 March 2015, n. 14). In any case, once the clergyman has changed his ways, namely once the clergyman’s “continuing” in sin has ceased, so that there be no longer a crime to be punished, any possible subsequent “scandal,” arising from the past state of sin having somehow become known to the community, does not suffice to reconstitute a punishable crime that has in reality ceased. Moreover, he who makes public another’s past crime that has hitherto remained hidden may possibly thereby become guilty of the crime of defamation (through *detractio*).

9. – *De partibus*. – “In processu poenali accusator est unus Promotor

9. – *The parties*.—“In the penal trial the party prosecuting is only the

Iustitiae; altera vero pars est ipse accusatus. At haud raro denunciatio quaedam ansam praebet processui poenali. Attendendum igitur est naturae interventus denunciantis in casu. Seposita quaestione omnino particulari quae proponitur ubi can. 1729 CIC parti laesae permittit accumulationem actionis contentiosae cum illo processu poenali, denuncians in poenalibus, etsi damna vel gravissima passus ab accusato delinquente provocata, formaliter habendus est ut testis in causa" (coram McKay, sent. diei 14 maii 2009, 56/09, n. 5). Nam hic est totus sensus societatis rite evolutae, in qua poenae delinquentibus inrogandae non iam privatorum sunt vindictae pro damnis privatis personis inlatis, cum delicta ipsum bonum publicum imprimis vulnerare censeantur, ita ut societas ius membra poenis coercendi sibi reservet (cf. can. 1311) et privatorum ultiones excludat, salvo semper privatorum iure in iudicio pro reficiendis agendi damnis.

Promotor of Justice; the other party to the trial is the defendant. Yet it is hardly rare that the penal trial is occasioned by a complaint. Attention is therefore due to the role of the complainant in the given case. There is the possibility afforded the injured party by can. 1729 CIC to join its own action for damages to the penal trial, yet apart from that, in penal matters, the complainant, even though he may have been very seriously harmed by the defendant, is formally to be considered as [but] a witness in the case" (cf. judgement *coram* McKay, 14 May 2009, n. 5). This indeed is the meaning of a society being a fully developed one, in which punishing the perpetrators of crimes is no longer a matter of private persons exacting private vengeance for injuries received, and where crimes are held to have harmed first of all the public good, so that society reserves to itself the right to constrain with penal sanctions those of its members who commit offences (cf. can. 1311) and excludes revenge by private persons, saving always the right of such persons to sue for damages to be made whole again.

10. – *De probationibus*. – "Profecto, in poenalibus probatio testificalis est maximi momenti, pro resolutione causae plerumque praeponderans, quare evolvente instantia obtinenda sunt testimonia ad amussim observatis normis canonicis de re diu ac sagaciter valde praescriptis" (coram McKay, sent. diei 14 maii 2009,

10. – *The evidence*.—"To be sure, in penal matters, the evidence given by witnesses is of the greatest importance, often of the greatest weight for deciding the case; wherefore, as the trial goes forward, testimony is to be obtained, while scrupulously observing the canonical norms in the matter, sagely laid down over time"

56/09, n. 4). “In aestimanda denuntiatione delicti nec aliter procedi debet ac in perpendendo valore probationis testificalis, quapropter in casu prae oculis tenendae sunt sequentes regulae generales: *Probationes autem aestimare iudex debet ex sua conscientia, firmis præscriptis legis de quarundam probationum efficacia* (can. 1608 § 3 CIC); *Unius testis depositio plenam fidem facere non potest, nisi agatur de teste qualificato* [...] *aut rerum et personarum adiuncta aliud suadeant* (can. 1573 CIC). Quae regulae omnibus sine exceptione applicandae sunt testibus, quare et denuncianti in poenalibus” (ibid., n. 6).

(cf. judgement *coram* McKay, 14 May 2009, n. 4). “Evaluating the complaint of the crime must proceed in the same way as when weighing the value of evidence given by witness testimony, wherefore the following general rules are to be kept present: *The judge must evaluate the evidence according to his conscience, observing the norms of law concerning the efficacy of certain kinds of evidence* (can. 1608 § 3 CIC); *The testimony of a single witness cannot by itself amount to decisive proof, except that be a “qualified witness”* [...] *or the circumstances of persons or things be perusasive to the contrary* (can. 1573 CIC). These rules must apply to all witnesses without exception, hence also, in penal matters, to the complainant” (cf. ibid., n. 6).

11. – *De sententia definitiva*. – “[I]n processu poenali duplex est obiectum iudicii, hoc autem sensu: primo iudex deliberare debet de facto delictuoso et dein, hoc vero probatum aestimans ad normam canonum poenae damnat accusatum si delicti reum atque insuper punibilem.

11. – *The definitive judgement*.—“The penal trial has a dual object, in this sense: First the judge must decide concerning the fact of the crime, and then, if he considers it to have been proved in accordance with the canons, he convicts the defendant and imposes punishment on him, if he be guilty of the crime and also subject to punishment.

“Verum duplex hoc officium ad unum iudicem pertinet ex quo sequitur eidem iudici haudquaquam licere reum ad alium remittere ut hic poenam pro suo lubitu eligat atque imponat. Profecto, sententia definitiva in poenalibus est et declarativa et praeceptiva: iudicis

“This double duty belongs to one and the same judge, hence the judge is not permitted to convict the defendant and then to pass him on to another, so that that other impose punishment of his own choice. Obviously, a penal definitive judgement is both

enim, accusatione probata, est factum delicti declarare atque auctorem delicti, attentis adiunctis casus, definita poena plectere. Consilia igitur loco dispositionis iudicialis proferre, vel optata tantum exprimere, vel superiorem urgere ut agat ipse ac rem seorsum decidat revera caret specie resolutionis iudicialis quaestionis poenalis. Iudex, si constat delictum non esse ab accusato patratum, id sententia declarare debet et accusatum absolvere (can. 1726 CIC).

declarative and preceptive: The charge having been proved, it is for the judge to declare the fact of the crime and, having regard to the circumstances of the case, to impose a definite punishment on the author of the crime. To offer advice instead of making a judicial disposition, or only to express wishes of one kind or another, or to urge the superior to act himself and to decide the matter separately—none of these things has even the appearance of a judicial resolution of a penal case. If it is established that the charged crime was not committed by the defendant, the judge must declare this in a judgement and acquit the defendant (can. 1726 CIC).

"In casu vero absolutionis, absoluti ordinarius competens, volens utilitati accusati ac publico bono consulere, viis pastoralis sollicitudinis secundum can. 1348 CIC, verbi gratia, opportunis monitis vel etiam, si ferat casus, poenalibus remediis, utcumque uti potest" (ibid. 7-8).

"In case of acquittal, the competent Ordinary of the acquitted defendant may provide for the good of the acquitted former defendant, and for the public good, through the means of pastoral care and, for example, in accordance with can. 1348 CIC, by timely warnings, and may even, if this be needed, make use of penal remedies" (cf. ibid., nn. 7-8).

Plane quae modo de casu absolutionis sunt dicta intersunt tantummodo casuum, in quibus accusatio aliquod utique habeat fundamentum in facto, etiamsi delictum esse patratum non sit probatum aut poena pro patrato delicto imponi non possit vel non expediat.

Obviously, these *dicta* regarding the aftermath of acquittal concern only those cases in which the dismissed charge certainly did have some factual foundation although it has not been proved that a crime has been committed, or else where it be either not possible or not in the public interest to impose punishment for the offence committed.

3 — In facto

12. – *De causae evolutione quaedam.* – Die 14 septembris 2011 Episcopus Dioeceseos per decretum extra iudicium Rev.do Presbytero, Parocho Paroeciae Sanctae N. dicatae, nunc coram Nobis Appellanti, poenam imposuisse videtur suspensionis *a divinis*, una cum iure non praevisa prohibitione habitum clericalem deferendi. Dicitur in decreto poenam suspensionis imponi "*in accord with the norm of canon 1395 § 1*". Decretum dicit adsertum esse Sacerdotem delictum commisisse, ipsum Sacerdotem negavisse, et "*evidenc*e" – ita simpliciter – acceptam esse negationi contrariam; nil aliud. Insuper statuitur in eodem decreto poenam "*is to remain in effect*" usquedum Episcopo constiterit cum "*moral certainty*" Sacerdotem a delicto definitive cessavisse. Eodem ipso die idem Episcopus Rev. do Presbytero episutlam inscripsit, qua delictum, in casu, *adsertum* ("*alleged*") tantum – ideoque non probatum – appellavit, agnovit ipsum Sacerdotem adsertiones negare at observavit delicti adsertionem pergere per mulieris, de qua ageretur, declarationes, quae redderentur decursu praeviae investigationis. In epistula non fit mentio de poena suspensionis; potius Sacerdoti imponitur, quae ibi nuncupatur, "*administrative leave*" a paroecialibus muneribus. Die vero sequenti Episcopus Rev.do Presbytero et alteram inscripsit epistulam, qua deliquavit, quam vocabat, "*administrative*

3 — The Law Applied to the Facts

12. – *The evolution of the case*.—On 14 September 2011 the Bishop of the Diocese issued an extra-judicial decree, whereby he appeared to impose on the Reverend Presbyter, the Pastor of the Parish of St. N., now the Appellant before us, the punishment of suspension *a divinis* together with a prohibition of wearing clerical dress, for which there is no provision in law. It is said in that decree that the penalty of suspension is being imposed "*in accord with the norm of canon 1395 § 1*". The decree said that it had been alleged that the Priest had committed the crime, that the Priest himself had denied it, and that "*evidenc*e"—just like that—was received countering the denial; nothing else. Moreover, the decree lays down that the penalty "*is to remain in effect*" until such time as the Bishop would be convinced with "*moral certainty*" that the Priest has definitively ceased from the offence. On the very same day, the same Bishop addressed a letter to the Revd Presbyter, in which he characterised the crime only as "*alleged*"—which means not proved; acknowledged that the Priest himself denied the allegations; and observed that the allegations were being made by way of statements given by the woman in the course of a preliminary investigation. There is no mention in the letter of the penalty of suspension; rather, it prescribes what in those

leave" secumferre "*revocation of faculties of the Diocese*" (indeterminate) usquedum "*this case is resolved according to the norms of Canon Law*". Quibus actis, investigatio praevia perrexit, et deinde gressus factus est ad poenale iudicium super iisdem adsertis factis, ob quae poena extra iudicium iam esset imposita, quin constiterit accusatum Sacerdotem, decreta suspensionis censura non obstante, in eodem contra sextum Decalogi praeceptum peccatum perstitisse (can. 1395 § 1 neglecto), immo cum constiterit accusatum ab eodem peccato, si umquam commissum esset, prorsus cessavisse seu in eo utique non permanere. Processu expleto, prodiit sententia primi gradus accusatum damnans, quae aliquatenus inusitate exarata videtur. Enimvero sententia scribi videtur quasi aspra sit Iudicum disputatio adversus Advocatum defensorem, non obstante relationem dialecticam in iudicio inter Promotorem Iustitiae et Patronum esse, numquam autem inter Iudicem et accusati Patronum. Tribunal primi gradus Conventum "*guilty of the delict*" sententiat ast poenam non imponit canonicam, rem in statu indeterminationis relinquens: "*in addition to any canonical penalty that might be imposed on him*" legitur in sententia, quin pateat quidnam ista dicat, qui sit sensus illius: "*that might* [rectius: may] *be imposed*" seu cuinam eiusmodi poenarum canonicarum impositio competat. Verum sententia dicit "*Respondent should not receive any further pastoral assignment*", ast quaeritur num ista sit poena

parts is called "*administrative leave*" from the functions of Pastor. On the following day, however, the Bishop wrote the Revd Presbyter yet another letter, in which he clarified that the so- called "*administrative leave*" carried with it "*revocation of faculties of the Diocese*" (unspecified) until such time as "*this case is resolved according to the norms of Canon Law*". These things having been done, the preliminary investigation continued, and then the step was taken of instituting a penal trial over those same alleged facts, for which a penalty had aleady been imposed extra-judicially, even though it was not established that the accused Priest persisted in the same external sin against the sixth commandment of the Decalogue in spite of the censure of suspension imposed earlier (thus ignoring can. 1395 § 1); indeed, even though it was certain that the accused, if he ever had committed that sin, had already completely ceased from it, i.e., was certainly not continuing in it. The trial concluded with a first instance judgement convicting Defendant, a judgement that appears to be somewhat unusually formulated. In fact, the judgement is written in the form of a bitter polemics against Defence Counsel, although the dialectical relationship at trial is between the the Promotor of Justice and Counsel for the defence, never between the Judges and Counsel for the defendant. The first instance Court found Defendant "*guilty of the delict*" charged, but it

expiatoria canonica perpetua Conventum in perpetuum inhabilitantem ad quodvis pastorale in Ecclesia munus obtinendum et exercendum; quod autem, attentis legibus attentoque simul verborum sensu, plane fieri non possit, saltem in casu. Utcumque tractari potius videtur de quodam consilio (anglice: *recommendation*, *suggestion*) eiusdem indolis ac aliorum, quae ibidem gratuito offerantur quaeque iudiciale excedant munus, ex. gr., ut examinibus psychologicis Conventus se submittat, immo ut gratiam dispensationis petat ab oneribus cum sacerdotio connexis. Iuxta can. 1620, n. 8, istiusmodi sententia nulla utique non est declaranda, cum controversia ex parte definita sit, ast quidnam de sententia poenali accusatum damnanti, quae poenam non imponat? Certo certius ad normam can. 1344 eiusmodi sententia potest poenae inrogationem "in tempus magis opportunum differre, si ex praepropera rei punitione maiora mala eventura praevideantur" (cf. ibid., n. 1), item "a poena inroganda abstinere" quatenus reus emendatus sit et scandalum reparatum (cf. ibid., n. 2), sed clarum est primi gradus Iudices nullam eiusmodi circumstantiam adesse censuisse. Quod omne significat causae tractationem, in casu, perplexam fuisse.

does not impose a canonical penalty, leaving the matter in an indeterminate state. The judgement says: "*in addition to any canonical penalty that might be imposed on him*," without any clarity as to what is being said thereby, what is the meaning of that: "*might* [more correctly: may] *be imposed*," and who would be competent to impose such canonical penalties. The judgement does say: "*Respondent should not receive any further pastoral assignment*," but it is questionable whether this is a perpetual canonical expiatory penalty, rendering Defendant forever incapable of receiving and exercising any pastoral function in the Church whatsoever; which, having regard to the laws and, at the same time to the meaning of the words, cannot be, at least not in this case. However, here this appears rather to be some sort of recommendation or suggestion, just like the other recommendations or suggestions that are gratuitously offered there, and which all exceed the judicial function, e.g., that Defendant submit himself to psychological examination, indeed that he petition for the favour of dispensation from the obligations of the priesthood. According to can. 1620, n. 8, a judgement of this kind is not indeed to be declared null, since the controversy is decided in part, but what of a penal judgement that convicts the accused but does not impose punishment? To be sure, in accordance with can. 1344, the judgement may "defer the imposition of the

penalty to a more opportune time, if it is foreseen that greater evils may arise from a too hasty punishment of the offender" (cf. ibid., n. 1), and may likewise "abstain from imposing the penalty" inasmuch as the offender has mended his ways or the scandal has been repaired (cf. ibid., n. 2), but it is clear that the first instance Judges did not consider any of those circumstances to be present in this case. All of this means that the handling of this case was confused.

13. – *De vadimonio d.ni E.* – Actio criminalis, in casu, initium sumit a delatione, quam statuerit d.nus Antonius Dettori, secundus maritus d.nae T.E., cuius secunda est uxor (cuius filii pater tertius videtur vir). D.na E. operam praestabat apud Paroeciam Sancto X. in eadem Dioecesi dicatam, cuius Parochus inde ab anno 2005 fuit Rev.dus Presbyter, qui autem die 1 iulii 2011 ad officium Parochi Paroeciae Sanctae N. in eadem Dioecesi dicatae transiturus erat. Cum res inter coniuges E. in peius cessissent, d.nus E. zelotypia motus uxorem illicitis mediis insequi coepit ("I start to check her email address, cell phone" [confitetur ille]), quin autem ullum inveniret quod uxorem infidelem esse ostenderet. Immo in sui diei 22 maii 2002 iudiciali examine, Testis [d.nus E.] confitetur se, nullo "wrong" invento, etiam paroeciales aedes invasisse et magnetophonum in cella (anglice: *office*), ubi uxor

13. – *Mr. E.'s testimony.*—The criminal prosecution, in this case, stems from a report by Mr. E., the second husband of Mrs. T.E., who was his second wife (whose son was conceived, so it appears, with yet a third man). Mrs. E. was employed by the Diocese's Parish of St. X., whose Pastor since 2005 was the Revd Presbyter who was, however, to become instead the Pastor of St. N. Parish, in the same Diocese, on 1 July 2011. As the relationship between Mr. and Mrs. E. was deteriorating, Mr. E., moved by jealousy, began to spy on his wife by illicit means ("I start to check her email address, cell phone" [he confesses]), and yet did not find anything at all that would show his wife to be unfaithful. Indeed, in his 22 May 2012 testimony, the Witness [Mr. E.] volunteers that, having discoverd nothing "wrong", he even broke into the parish office building and planted a recording device in the office where his wife worked, so as to record

operi incumberet, plantavisse, quo omnia quae in cella dicerentur etiam inciderentur, si forte uxor pareociae aedibus vel paroeciali telephono uteretur ut cum aliquo viro de adulterio conloqueretur. Testis deponit se isto illicito utentem medio Parochum audivisse aliquid Testis uxori dicere, quae subiectivo Testis iudicio Sacerdotem non deceret, item Testis uxorem Parocho respondere verbis, quae Testis non recordaret. Testis enim nullum recordat ex verbis ope magnetophoni, quod illicite plantaverat, incisis, excepto forte Parochum Mulieri dixisse: "something ... like how beautiful you are, or something like that ...". Quod autem illicite incisum conloquium Testis "feeling", cui resistere non posset, veluti confirmavit, ita ut ipse "*pressure*" uxori intulerit, et auxerit. Istiusmodi sub aucti "*pressure*" uxor, deponit Testis, proxime Sollemnitati Nativitatis eiusdem anni 2010 confessa sit "that something happened between her and Father Presbyter" – quin istud "something" clarius circumscriberetur. Testis depositio haud fluit et Vir saepe verba pronuntiat quin aliquid sequatur, sed fateri videtur ex incisione magnetophonica "it was not clear that, say, there was an affair but ... clear to have an idea that something was going on". Uxor, cum confessa esset istud "something", deponit Testis, promisit "nothing is going to happen again". Vir autem, zelotypia consummatus ast impeditus quominus magnetophonum iterum in

everything that was said in that office, just in case his wife used the parish office or the parish telephone line to speak with some other man about adultery. The Witness testifies that by use of this illicit means he heard the Pastor say something to the Witness's wife, which acording to the Witness's subjective judgement, was not fitting for a Priest; likewise, that he heard his wife reply to the Pastor with words that the Witness does not remember. In fact, the Witness remembers nothing of the words recorded by the device that he unlawfully planted, except perhaps that the Pastor said to the Witness's wife: "something ... like how beautiful you are, or something like that ...". Nonetheless it was as if the unlawfully recorded conversation confirmed the Witness's irresistible "feeling," so that he put "*pressure*" on his wife; which "*pressure*" he then increased. Under such increased "*pressure*," the wife—so the Witness testifies—close to Christmas 2010, confessed "that something happened between her and Father Presbyter"—without that "something" being more clearly described. The Witness's testimony is not fluent, and the Man often says isolated words without anything following them, yet he appears to admit that from the recording "it was not clear that, say, there was an affair but ... clear to have an idea that something was going on." The wife, having confessed that "something", the Witness testified, promised that "nothing is going to happen again." Still the man was

aedibus plantaret paroecialibus – cum postquam confessus esset se eiusmodi illicitam patravisse invasionem, "the password to the office" esset mutatum – examini subiecit "the record of my home phone" et observavit uxorem frequentius paroeciales aedes et domum per telephonium adire. Quo viso, d.nus E., ita ipse, mense februario "came here to the diocese and I talk with" tribus Dioeceseos officialibus, referens "practically [...] the same thing that I'm telling you right now". Uxor autem maritum ad istud conloquium comitari noluisset. Deinde cum Testis vidisset "Father Presbyter continues in St. X." ubi et uxor operam pergebat praestare, Testis fatetur se uxorem pressisse ut perpenderet opportunitatem opus suum relinquendi ("I was pressing her, that ... maybe you should leave your job"), quod ipsa, Paroeciae necessitatibus prae oculis habitis ("because now we have First Communion ... Confirmation", dixisset illa), haud secus ac familiae et praesertim filii oeconomicis necessitatibus (cum uxoris opus "was very, very important to our son [...] to have him going to college"), facere noluit. Dein d.nus E., certior factus Rev.dum Presbyterum relationem cum Testis uxore negavisse, se uxorem induxisse fatetur ut ipsa denuntiationem porrigeret. Testis confitetur se interea uxorem minis pressisse se divortium petiturum esse nisi uxor adulteram admiserit relationem, item se nummariae indolis pressionem in uxorem

consumed by jealousy. He was also unable to plant the recording device in the parish office again—since after he had admitted to having perpetrated the unlawful breakin, "the password to the office" was changed. So, he examined "the record of my home phone" and observed that his wife rather often placed calls to the parish office building and residence. Having observed this, Mr. E., in the month of February—he now says—"came here to the diocese and I talk with" three Diocesan officials, to whom he reported "practically [...] the same thing that I'm telling you right now." The wife, however, refused to accompany her husband to that meeting. Later, having seen that "Father Presbyter continues in St. X," where the Witness's wife continued to be employed, the Witness admits that he pressured his wife to consider the opportuneness of quitting her job ("I was pressing her, that ... maybe you should leave your job"). This, however, she would not do, having regard to the needs of the Parish ("because now we have First Communion ... Confirmation", she said to him), as well as to the economic needs of the family and especially of her son (since Mrs. E.'s paying job "was very, very important to our son [...] to have him going to college"). Mr. E. testifies that thereafter, having learnt that the Revd Presbyter denied having a relationship with the Witness's wife, he, Mr. E., made his wife file a complaint herself. The Witness confesses that meanwhile he had been pressuing his

exercuisse, familiae pecuniam sibi reservans ("I moved this money, expecting some change from her", confitetur ille quaesito respondens: "did you ever make any threats to her about [...] moving money out of her bank account [...]? In order to get her to admit she was having an affair with Father Presbyter?"). Verbo "*pressure*" in vadimonio pluries adhibito, iactatis admissis minis, Testis ipse denique agnoscit "*it was not freely*" quod uxor confessionem protulit, pro qua Testis tam strenue eam pressisset.

wife with threats that he was going to file for divorce unless his wife admitted to an adulterous relationship, likewise that he had put financial pressure on his wife, reserving the family's money to himself ("I moved this money, expecting some change from her", he admits in reply to the question: "did you ever make any threats to her about [...] moving money out of her bank account [...]? In order to get her to admit she was having an affair with Father Presbyter?"). Having used the word "*pressure*" multiple times in his testimony, and having confessed to the threats, the Witness himself acknowledges in the end that "*it was not freely*" that his wife made the admission, for which he had so strenously pressed her.

14. – *De vadimonio d.nae E.* – Vadimonium d.ni E- est "matrix" vel "contextus" vadimonii eiusdem diei 22 maii 2012 d.nae T. E. quae, partes "denuntiatricis" invite seu minacis mariti iussu agens, adserit se per aliquot menses prorsus illicitam relationem sexualem cum Convento habuisse, plura peccata complectens contra sextum Decalogi praeceptum, postquam scilicet ipsa Testis Convento suos erga eum aperuisset haud rectos sensus. Enimvero, iuxta vadimonium, Testis difficultatibus laborans a Convento adiumentum quaesiverat; cui Conventus adnuit. Dein, per gradus, cum Parochi humanitatem experiretur, status animi Testis in melius fiebat et Mulier feliciorem se sentiebat. Quo viso, maritus, d.nus

14. – *Mrs. E.'s testimony.*—Mr. E.'s testimony provides the "matrix" or "context" for the testimony given that same day, 22 May 2012, by Mrs. E., who had taken on the role of "complainant" unwillingly, on the orders of her menacing husband. Mrs. E. alleges that, for several months, she had with Defendant a wholly illicit sexual relationship, which included many sins against the Sixth Commandment of the Decalogue. It began after this Witness herself had revealed to Defendant that she was having feelings towards him that were not right. According to this testimony, the Witness, beset by difficulties, had earlier asked Defendant for help, which he gave her. Thereafter, gradually, as she was experiencing the Pastor's kindness,

E. – deponit Testis – "started questioning me, and questioned me, and questioned me ... and I told him that I had ... never had anything with another man ... but he questioned me so much that what I realized is that what he could see were my feelings for Father Presbyter". Quo intra Testis animum agnito, Testis confitetur se Parocho, Rev.do Presbytero, rettulisse se "have incorrect feelings for" ipso eodem Sacerdote, adiungentem: "*I want to warn you because I have to confess it to my husband*". Postea, fatetur Testis, "I confessed it to my husband", sensus nempe suos erga Rev.dum Presbyterum, nullo illicito actu inter Parochum et Testem posito. Tantum postea, deponit Testis, postquam ipsa suos sensus aperuisset et Rev.do Presbytero et suo marito d.no E., immo "*the next day*" postquam Testis ipsi eidem Rev.dum Presbyterum certiorem fecisset se suo marito suos erga Parochum sensus aperuisse, Rev.dus Presbyter *prima vice* sextum Decalogi praeceptum relate ad Testem, d.nam E., vel verbis tantum violare videretur: "*That was the first time, you know, that he said anything to me that was something inappropriate*". Deinde, deponit Testis, mense nempe sequenti, Conventus et physicos quosdam fecit gressus, quibus relatio sexualis indolis plures complectura occursus instauraretur et nonnisi mutuo consensu "*little by little*" prosecuta sit (initio semel singulis hebdomadis, deinde, post Nativitatem 2010, rarius). Testis

the Witness's state of mind improved, and the woman felt happier. Seeing this, her husband, Mr. E.—the Witness testifies—"started questioning me, and questioned me, and questioned me ... and I told him that I had ... never had anything with another man ... but he questioned me so much that what I realized is that what he could see were my feelings for Father Presbyter." Having recognised her own inner feelings, the Witness—so she testifies—reported to the Pastor, the Revd Presbyter, that she was "hav[ing] incorrect feelings for" him, and added: "*I want to warn you because I have to confess it to my husband.*" Afterwards, the Witness testifies, "I confessed it to my husband," namely her own feelings towards the Revd Presbyter, with no illicit act having taken place between the Pastor and the Witness. Only later, so the Witness testifies, after she had revealed her own feelings both to the Revd Presbyter and to her husband, indeed "*the next day*," after the Witness informed the Revd Presbyter that she had revealed to her husband her feelings towards the Pastor, did the Revd Presbyter, *for the first time*, appear to violate the Sixth Commandment of the Decalogue in relation to the Witness, even only with words: "*That was the first time, you know, that he said anything to me that was something inappropriate.*" Then, the Witness testifies, the next month Defendant took certain physical steps, whereby a relationship of a sexual nature that was to include multiple

deponit Rev.dum Presbyterum "many times" ei dixisse "that we have to keep this a secret forever", qui autem ipse idem Rev.dus Presbyter – ita Testis – relationem prosecutus est cum ipsa Testis "*told him many times that I couldn't, I couldn't keep this from my husband first of all*" seque curiae officialibus rem minime negaturam esse si ab ea quaesiverint num locum habuerit: "*I said I'm not going to lie, that's what I told him*". Tandem nonobstante Conventum – iuxta ipsius Testis narrationem – Testi constanter dixisse se relationem locum habuisse firmiter esse negaturum, Testis "*disillusioned*" se declarat ob Conventi negationem cum ab eo de adserta quaereretur relatione, quod – declarat illa – fuit "what I guessed hurt me the most". Immo cum Rev.dus Presbyter adsertam relationem reapse negavisset postquam d.nus E. rem primo dioecesanae curiae officiali detulisset, Testis deponit istud "*just made me very disappointed*". D.nae E. vadimonium ei d.ni E. contradicit et ab hoc vicissim contradicitur ad tempora saltem quod attinet. Iuxta d.nae E. vadimonium, ista sensus sui amoris erga Rev.dum Presbyterum primo mense augusto 2010 marito aperuit, et deinde, "the night before Christmas", marito revelavit se adulteram habere cum Rev.do Presbytero relationem – cum scilicet maritus, d.nus E., ei minas iactaret, dicens se uxorem deserturum esse ("*I am leaving you*") nisi confiteretur relationem, quam ipse haberi crederet; quibus

meetings, was established, which was to go on, always by mutural consent, "*little by little*" (at first once a week, later, after Christmas 2010, rather rarely). The Witness testifies that "many times" the Revd Presbyter said to her "that we have to keep this a secret forever." And yet the same Revd Presbyter—thus the Witness—pursued the relationship although the Witness "*told him many times that I couldn't, I couldn't keep this from my husband first of all*," and told him that she was not going to deny the relationship to chancery officials if they were to ask her whether there was such a relationship: "*I said I'm not going to lie, that's what I told him*". At the end, although Defendant, according to the Witness's own narrative, had constantly said to her that he was going to deny firmly that the relationship took place, the Witness states that she was "*disillusioned*" by Defendant's denial when he was asked about the alleged relationship; which was, she states, "what I guessed hurt me the most." When the Revd Presbyter did in fact deny the relationship after Mr. E. had first reported the matter to officials of the diocesan chancery, the Witness testifies that this "*just made me very disappointed*". Mrs. E.'s testimony contradicts that of Mr. E. and is in turn contradicted by Mr. E.'s testimony, at least as regards the timeline. According to Mrs. E.'s testimony, she first revealed to her husband her amorous feelings for the Revd. Presbyter in August 2010, and then, "the night before Christmas,"

minis iactatis, quas Testis quam gravissimas putabat ("*I was begging him that he wouldn't leave me ... because I knew that it would be devastating to me ...*"), Testis "*said: 'if you promise you won't do anything, I'll tell you*'" et, promisso quod peteretur, "*confessed to him*". Enimvero d.nus E. suae uxori minas iterum atque iterum iactavit, deponit Testis, ut eam induceret ad confitendum adulteram relationem, quam d.nus E. haberi credebat: "*he threatened, like almost daily that he would leave me, you know ... or weekly, you know, it was very continuous you know*" usquedum vigilia Nativitatis Testis eiusmodi cedens iterum atque iterum iactatis minis confessa sit. Tandem, Rev.do Presbytero ad alteram Paroeciam translato (iuxta consilium iam dudum paratum, quod nullo pacto cum obiecto huius connectebatur iudicii), Testis curiae dioecesanae denuntiationem porrexit; secuti sunt gressus quae ad poenale adduxerunt iudicium.

she revealed to her husband that she was having an adulterous relationship with the Revd Presbyter, when, that is, her husband, Mr. E., was threatening her, saying that he was about to desert his wife ("*I am leaving you*") unless she confessed to the relationship that he believed she was having. It was after those threats, which the Witness considered extremely grave ("*I was begging him that he wouldn't leave me ... because I knew that it would be devastating to me ...*"), that the Witness "*said: 'if you promise you won't do anything, I'll tell you*'" and, once the requested promise was given, "*confessed to him*". Indeed, Mr. E. threatened her again and again, the Witness testifies, in order to induce her to confess the adulterous relationship that Mr. E. believed she was having: "*he threatened, like almost daily that he would leave me, you know ... or weekly, you know, it was very continuous you know*" until, the day before Christmas, the Witness, believing he meant his threats, confessed. Then, when the Revd Presbyter had been transferred to another Parish (according to a long-made plan, which had nothing to do with the subject matter of this trial), the Witness brought her complaint to diocesan chancery officials; there followed the steps that led to the penal trial.

Parochi translatio ad alteram Paroeciam relationi, quam Testis perrecturam crederet et vellet – ita iuxta eiusdem vadimonium – reapse finem imposuit; relatio, quam Testis

The Pastor's transfer to another Parish did, according to the Witness's testimony, really bring to an end the relationship, which she had thought and wished would go on.

adfuisse adserit, "was on and off until he left", quo tempore eius "end" evenit. Quo evento, Testis confitetur: "I went back and forth, you know, with my feelings. I felt very angry at times ..." ast eodem tempore, "I felt like ... ah ... that I betrayed him, you know", immo "I wanted to reconcile with him". Ipsa fatetur se, post Rev.di Presbyteri translationem, conatam esse "to talk to him because I missed him". Testis vadimonium refert nullum fuisse post Rev.di Presbyteri translationem peccaminosum occursum, utraque parte alteram petere renuente. Iudiciali examine ad finem volvente, Testis iterum sublineat se "devastating" putare non "so much what he did", Conventum nempe illicitam relationem cum ea habuisse, sed Conventum relationem negavisse.

That relationship, as alleged by the Witness, "was on and off until he left," at which time its "end" came about. After this ending of the relationship, the Witness says, "I went back and forth, you know, with my feelings. I felt very angry at times ...", yet at the same time, "I felt like ... ah ... that I betrayed him, you know," and moreover, "I wanted to reconcile with him." She testifies that after the Revd Presbyter's transfer, she tried "to talk to him because I missed him." It is this Witness's testimony that there was no sinful encounter after the Revd Presbyter's transfer, and that neither party sought out the other one. Towards the end of her testimony, the Witness again underlines that what she considered "devastating" was not "so much what he did," namely that Defendant had that unlawful relationship with her, but that Defendant denied the relationship.

15. – *De credibilitate vadimonii d. nae E.* – Appellati Iudices se sibi conscios esse ostendunt difficultatum, quae sunt, circa Testis huius vadimonii credibilitatem. Ipsi pro "praeventiva" excusatione offerunt Testem in Argentina natam anglice loqui, potius quam proprio hispano sermone; attamen vadimonii ope magnetophoni incisi transcriptio ostendit Testem americano sermone sat bene fluenterque uti, haud secus ac ceteri americani. Peregrina omnino sonat altera excusatio, de personis nempe "from a language

15. – *Regarding the credibility of Mrs. E.'s testimony*.—The first instance Judges show that they are aware of the difficulties concerning the credibility of this Witness's testimony. By way of a "preventive" excuse, they offer that the Witness, born in a Latin American country, was speaking English rather than her native Spanish; however, the transcription of her recorded testimony shows that she speaks American English fluently and quite well, not unlike any American. Wholly odd is yet another excuse, referring to

group that does not have masculine and feminine pronouns", quae "have to use those pronouns correctly in English"; in re, hispana lingua utique "masculine and feminine pronouns" habet. Eiusmodi, quae nil referunt, excusationibus praemissis, appellata sententia utcumque admittit primi gradus Tribunal "*troubling*" considerare d.nae E. "*lack of consistency in establishing a timeline for the sexual encounters*", item "*difficult*" esse "*to establish exactly when the accuser says the relationship started and when she says it ended*", etiamsi appellati Iudices sententiant relationem "*had clearly ended by the time the Respondent transferred to his new parish*"; quod, ut infra videbitur (cf. n. 21 inferius), est quammaximi momenti pro causae definitione. Appellata sententia loquitur de "mutual emotional attraction [quae] was sometimes physically expressed at particular intervals", quin agnoscat ipsam d.nam E. explicite fassam esse se fuisse quae relationi initium dedisset vel saltem ansam praebuisset suos sensus "incorrect" Rev.do Presbytero aperientem; qui Rev.dus Presbyter nonnisi sequenti die et suos erga eam aperurerit sensus. Appellatum Tribunal, fatetur sententia, "*was also concerned*" circa contradictiones, quae in d.nae E. vadimonio inveniuntur "*about where the actions took place. At one point she says it was a room to the right; at another point she says it was in a room to the left. At one point she*

persons "from a language group that does not have masculine and feminine pronouns," and who yet "have to use those pronouns correctly in English." In reality, Spanish does most certainly have "masculine and feminine pronouns". Following such meaningless excuses, the judgement does admit that the same first instance Court considers "*troubling*" Mrs. E.'s "*lack of consistency in establishing a timeline for the sexual encounters*," and that it is "*difficult*" "*to establish exactly when the accuser says the relationship started and when she says it ended*," and yet the Judges of that Court find that the relationship "*had clearly ended by the time the Respondent transferred to his new parish*"; which, as shall be seen below (cf. n. 21), is of the greatest importance for deciding the case. The appealed judgement speaks of a "mutual emotional attraction [which] was sometimes physically expressed at particular intervals," without acknowledging that Mrs. E. herself confessed that it was she herself who initiated the relationship or at least occasioned it, by revealing to the Revd Presbyter her "incorrect" feelings, while it was only on the following day that the Revd Presbyter [this was her testimony] also revealed his own feelings towards her. The judgement admits that the first instance Court "*was also concerned*" about the contradictions found in Mrs. E.'s testimony "*about where the actions took place. At one point she says it was a room to the*

says that the door had locks on it; at another point she said that the Respondent pushed a chair (or chairs) against the door to keep anyone from intruding". Miro in modo appellati Iudices nihilominus sententiant: "This point was considered irrelevant to the matter" quia d.na E. "was an employee of the parish. She was familiar with the parish buildings" [sic]. Heic utique invenitur *contradictio in seipso*. Praecise cum Testis "was an employee of the parish" et "familiar with parish buildings", Testis inter se contradictoriae descriptiones cellae, ubi adserti actus peccaminosi habitualiter locum habuissent, istiusmodi contradictiones "irrelevant" esse haud possunt. Altera excusatio ab appellatis Iudicibus praebita est Testem "testifying in a languague not her own. One of the more difficult concepts in both English-to-Spanish and Spanish-to-English is direction, since the words in Spanish (*derecha* and *izquierda*) do not in any way resemble the English words 'right' and 'left'. It is very easy for non-natives to confuse directions for that reason", quapropter, concludunt, "the Court does not view the mistakes in direction as being relevant to the issue". Quod et mirandius censemus. Ut superius iam observatum est, d. nae E. vadimonii *transcriptio* in actis ostendit eam anglico sermone sat bene uti – agitur enim de *transcriptione* dictorum ope magentophoni incisorum, non autem de aliqua reportatione a Iudice Instructore

right; at another point she says it was in a room to the left. At one point she says that the door had locks on it; at another point she said that the Respondent pushed a chair (or chairs) against the door to keep anyone from intruding." Amazingly the Judges nonetheless write: "This point was considered irrelevant to the matter" because Mrs. E. "was an employee of the parish. She was familiar with the parish buildings" [sic]. Surely this is self-contradictory. Precisely because the Witness "was an employee of the parish" and "familiar with parish buildings," the contradictions in this Witness's descriptions of the room, in which she says the alleged sinful acts habitually took place, can hardly be "irrelevant." Yet another excuse offered by the Judges for such contradictions is that the Witness was "testifying in a languague not her own. One of the more difficult concepts in both English-to-Spanish and Spanish-to-English is direction, since the words in Spanish (*derecha* and *izquierda*) do not in any way resemble the English words 'right' and 'left'. It is very easy for non-natives to confuse directions for that reason"; wherefore, they conclude, "the Court does not view the mistakes in direction as being relevant to the issue." Which we find even more baffling. As already observed above, the *transcription* in the record of Mrs. E.'s testimony shows that she speaks English quite well—this is indeed a *transcription* of live testi-

dictata – et minime tractatur de "mentis conceptibus", relate ad quos diversitas habeatur inter linguam hispanam et anglicam, verum de verbis, quae inter simpliciora sunt, quaeque facilius ab una ad alteram vertantur linguam.

mony as captured by the audio recorder, not some paraphrasing dictated by an investigating magistrate—and it is not at all a mater of "concepts," regarding which there might be differences between the Spanish and the English languages, but of fairly simple words, easily translated from one language to the other.

Appellata sententia quaedam proponit, quibus d.nae E. vadimonium corroborari videretur:

The judgement does put forward certain things that would seem to it to corroborate Mrs. E.'s testimony:

Testis adserit Conventum pro secreto de illicitis actibus servando institisse, quod – ita appellata sententia – "*is typical of such illicit encounters*". Utique. Tamen nulla ideo praebetur corroboratio veritatis adsertionis "illicit encounters" locum habuisse. Praecise cum agatur de quo in similibus "*typical*" sit, immo de elemento eiusmodi illicits occursibus veluti inhaerenti, quod ideo *aeque* veris et falsis inhaereat narrationibus.

The Witness asserts that Defendant insisted on keeping the unlawful acts secret. This, the judgement says, "*is typical of such illicit encounters*". Of course it is. Nonetheless it does not help to prove the truth of the allegation that such "illicit encounters" did actually take place. Precisely because this is something that is "*typical*" in such cases, indeed something that is by way of being an intrinsic element of such unlawful encounters, it belongs *equally* to both true and false narratives of such matters.

Itidem parvi facienda est "corroboratio", quam primi gradus sententia praeberi putat a "gift-giving" seu "donis" a Convento Testi datis per "*the purchasing of office furniture and equipment*" pro cella a Teste in aedibus paroecialibus operis gratia adhibita, quae dona ipsa sententia agnoscit "might not seem to be the most romantic gift-giving". Immo nihil "romantic" inhaeret "the purchasing of office

Likewise, little weight is to be given to the "corroboration" that the first instance judgement sees in "gift-giving" in the case, namely in the "gifts" that Defendant gave to the Witness by "*the purchasing of office furniture and equipment*" for the office in the parish buildings used by the Witness for her work. The judgement acknowledges that this "might not seem to be the most romantic

furniture and equipment", quod a "gift giving" longe distat.

gift-giving." Indeed. There is nothing at all "romantic" in "the purchasing of office furniture and equipment," which is a long way from "gift giving".

Tandem verbum fit in sententia de "minis" ("threats"), quae "often accompany illicit actions", ast ipsi Iudices appellati non credunt minas esse revera iactatas, cum dicant Conventum "*allegedly*" tantum minis adhibuisse; quod adverbium "*allegedly*" praecise significat meram adsertionem, quam auditam Iudex probatam non censeat. Et quaenam essent istiusmodi mere adsertae minae? Conventum "*allegedly*" d.nae E. dixisse "that if she ever told anyone in the diocese, he would fire her". De ista adsertione primum dicendum est ne secundum quidem sententiam agi de "minis" cuius finis esset mulierem inducere ad se peccato "contra sextum" submittendum – quod si contingeret delictum esset, de quo in altera paragrapho can. 1395 – sed de "minis" ne Testis de commissis per mutuum consensum peccatis curiae umquam referret. De re legantur oportet ipsius Testis verba in eius iudiciali examine prolata prout in actis inveniuntur transcripta. Quaesito: "Did Father Presbyter, when he asked you not to tell anyone, in any way indicate that if you told, your job would be lost?", Testis d.na E. respondit: "Yes, once. He told me if you ever go to the diocese I'll have to fire you", et continuo explanat: "and he also said, um

Lastly the judgement speaks of "threats," which "often accompany illicit actions," yet those Judges themselves do not believe that there really were any threats, in this case, since they say that Defendant only "*allegedly*" used threats. This use of the adverb "*allegedly*" means precisely that it was a mere allegation that the Court does not find to have been proved. And what, pray, were those merely alleged threats? Defendant "*allegedly*" said to Mrs. E. "that if she ever told anyone in the diocese, he would fire her." Of this allegation it must first of all be said that, according to the judgement itself, it was not a matter of "threats" for the purpose of inducing the woman to submit to sin "against the Sixth"—something that would have constituted the crime of which in the second paragraph of can. 1395—but of "threats" lest the Witness ever reported to the chancery sins committed by mutual consent. As to this, it is necessary to read rather the Witness's own words, transcribed in the trial record. Question: "Did Father Presbyter, when he asked you not to tell anyone, in any way indicate that if you told, your job would be lost?" Mrs. E.'s answer: "Yes, once. He told me if you ever go to the diocese, I'll have to fire you," to which she

... I want to warn you, more like in a ... more like caring for me, he said, if you ever tell them, you're gonna lose your job ... and they're gonna make your life miserable so you will have to quit ..."; e quo videretur potiusquam simpliciter de "minis" agi de praevisione consectariorum, quae praeter loquentis voluntatem futura essent si et quatenus curia dio-cesana de illicita relatione certior fieret. Mirum in modum, iuxta d.ni E. vadimonium, facta, quae secuta sint Rev.di Presbyteri translationem ad novam paroeciam, praevisioni: "they're gonna make your life miserable" a d.na E. in suo vadimonio relatae reapse respondisse videantur, cum *novus parochus*, Rev.dus H., utique non Rev.dus Presbyter – ita d.nus E. – d.nae E. sequenti anno 2012 tam graviter maledicebat ut illa opus relinquere veluti coacta sit.

immediately adds: "and he also said, um ... I want to warn you, more like in a ... more like caring for me, he said, if you ever tell them, you're gonna lose your job ... and they're gonna make your life miserable so you will have to quit ...". Rather than "threats," this would appear to be a forecasting of the consequences which, unintended by the speaker, would follow if and when the dio-cesan chancery were informed of the unlawful relationship. Rather oddly, according to Mr. E.'s testimony, events subsequent to the Revd Pres-byter's transfer to another parish bore out, as it were, the Revd Pres-byter's forecast that "they're gonna make your life miserable." What happened, according to the hus-band's testimony, was that the fol-lowing year, 2012, *the new Pastor*, the Revd H., certainly not the Revd Presbyter, verbally abused Mrs. E. to such an extent that she was prac-tically forced to quit her job.

16. – *Adhuc de credibilitate vadi-monii d.nae E.* – Utcumque credi-bilitas vadimonii d.nae E. non solum internis contradictionibus minuitur sed etiam et fortasse praecipue ob peregrinum omnino mariti eius se gerendi modum. Iuxta vadimonium in actis, d.nus E. zelotypia consumma-batur *ante* adserta facta, quae eius-modi zelotypiae essent causa. Videtur Vir, cuius habitudo ad uxorem deli-cata, amans et humana haud erat (ut ostenditur inhonestis explorationibus, pressionibus et minis), observavisse

16. – *More regarding the matter of the credibility of Mrs. E.'s testi-mony*.—In any case, the credibility of Mrs. E.'s tetimony is diminished, not only by its internal contra-dictions, but also and perhaps even principally, by the wholly strange behaviour of her husband. According to the testimony in the record, Mr. E. was being consumed by jealousy *before* the alleged facts, which would have been the cause of that jealousy. As is seen, that man—whose attitude towards his wife was not all sensitive,

uxorem feliciorem factam esse ("the happiest I have ever been", deponit d.na E.) cum operam apud Paroeciam praestaret, ubi Parochus, Rev.dus Presbyter (secus ac maritus) erga eam magna cum humanitate se gerebat eiusque conlaborationem magni faciebat. Tam ardens fuit istiusmodi zelotypia ut maritus, d.nus E., decentiae inhoneste violaverit canones Mulieris explorans electronicum epistularum commercium, immo ut legem violaverit aedes paroeciales invadens ibi magntephonum plantaturus, quod conloquia inter tertios ope magnetophoni illicite omnino captaret et incideret. Et cum istiusmodi illicita explorationis media adsidue adhibita nihil captaverint quod probaret viri insanam zeloptypiam rerum veritati respondere, d.nus E. uxorem sine intermissione, constanter, instanter, minas iactando premebat ut ei de adulterina, quam vir esse credebat, consuetudine singillatim referret. Vir flagrabat desiderio uxoris confessionis vel multo magis quam voluntate finem relationi, quam adesse crederet, imponendi. Ille audire cupiebat uxorem de adultera relatione referentem. Coniugum vadimoniis pressius lectis et inter se comparatis, utique quaerendum est num d.nae E. denutiatio potius invite porrecta nonnisi mariti pressionibus et minis potiusquam factis sit adtribuenda. Ultra insuper contradictiones internas in d.nae E. vadimonio et suspiciones, quae oriuntur e pressionibus et minis a d.no E. iactatis, quas ipse d.nus E. aperte confitetur, quaedam haud parvi

loving and kind (as is shown by his dishonourable spying, pressures and threats), observed that his wife was happier ("the happiest I have ever been," she herself testifies) when working for the Parish, where the Pastor, the Revd Presbyter (in difference from her husband) treated her with great kindness and much appreciated her work. Whereupon the husband, Mr. E., was so on fire with jealousy that he dishonourably violated the canons of decency by spying on the woman's electronic correspondence, and moreover broke the law by breaking and entering into the parish office building to plant there an electronic listening device, wholly unlawfully, to capture and record conversations between third parties. And when these assiduously used means of spying had captured nothing to show that the man's insane jealously corresponded to reality, Mr. E. insistently, constantly, without letup, threatened his wife and put pressure on her to tell him, in detail, of the adulterous relationship that he believed she had. The man was burning with the desire to hear his wife confess, even much more than he wished to put an end to the relationship, which he believed there was. He craved hearing his wife report on an adulterous relationship. A close reading, and comparison, of the couple's testimonies surely leads to asking whether Mrs. E.'s rather unwilling denunciation, rather than reporting any facts, was only due to

momenti inveniuntur valde improbabilia in d.nae E. adsertorum factorum narratione. Nam ipsa eadem refert Conventum adsertae relationi illicitae initium dedisse praecise postquam illa ei aperuisset se marito confessuram esse suos "*incorrect feelings*" erga Sacerdotem: *"I went to him and I told him, I need to tell you something* [...] *my husband is questioning me about having an affair* [...] *and I want to warn you because I have to confess it to my husband*", relationem nempe, quae iuxta ipsius eiusdem d.nae E. depositionem illo tempore non exsistebat. Die sequenti, statim nempe post explicitam eiumodi d.nae E. monitionem se vel inexsistens "*affair*" marito necessario delaturam esse ("I want to warn you because I have to confess to my husband ... because I can't, you know, keep (inaudible) so much ... and I can't be (inaudible)", Conventus ipsi eiusmodi "affair" initium dedit, iuxta d. nae E. depositionem. Quod intrinsece parum probabile sonat. Difficilius mente concipiatur aliquem "*affair*" sibi statuere ineundum cum persona, quae eum modo explicite monuerit se vel meros suos "*incorrect feelings*" marito necessario esse delatura.

her husband's pressure and threats. Moreover, beyond the internal contradictions in Mr. E.'s testimony, and the doubts concerning it that arise from the pressure and threats used by Mr. E. to induce it—pressure and threats to which Mr. E. himself openly confesses—there are, in Mrs. E.'s narration of the alleged facts, certain marked improbabilities of no little importance. Thus she asserts that Defendant took the initiative to bring into being the alleged illicit relationship precisely after she had told him that she was going to admit to her husband that she had "*incorrect feelings*" towards the Priest: *"I went to him and I told him, I need to tell you something* [...] *my husband is questioning me about having an affair* [...] *and I want to warn you because I have to confess it to my husband*"—i.e., admit a relationship that, according to the same Mrs. E.'s testimony, did not even exist at that time. On the following day, namely at once after Mrs. E.'s explicit warning that she was necessarily going to report to her husband even a non-existent "*affair*" ("I want to warn you because I have to confess to my husband ... because I can't, you know, keep [inaudible] so much ... and I can't be [inaudible]," Defendant—according to Mrs. E.'s testimony—initiated such an affair. Which sounds intrinsically little probable. It is rather difficult to conceive of someone deciding that he should begin an "*affair*" with a peron who

has just warned him explicitly that she was necessarily going to report to her husband even her own mere "*incorrect feelings*".

17. – *De conclusione circa vadimonium d.nae E.* – Contradictionibus pensitatis, quae inveniuntur inter coniugum E. vadimonia quoad tempora, una cum iis quae intra d.nae E. vadimonium inveniuntur, cumulate cum modo memoratis considerationibus, non videtur quomodo Tribunal certitudinem adipisci valeret moralem de adsertorum a d.na E. veritate, a quibus adsertionibus thesis actorea seu accusatoria tota pendet.

17. – *Conclusions concerning Mrs. E.'s testimony*.—Having weighed the contradictions between the husband's and the wife's testimonies regarding timelines, together with the internal contradictions found in Mrs. E.'s testimony, cumulatively with the considerations above, it is not apparent how the Court could attain moral certitude the the allegations of fact made by Mrs. E. were true—and it is on those allegations that [as to the facts] the whole of the prosecution's case depends.

18. – *De ceteris adductis probationibus*. – Alter Testis, de cuius vadimonio in appellata fit mentio sententia, est Rev.dus C. H., qui autem in sui diei 26 iunii 2012 iudiciali examine prorsus nihil de adserto refert delicto, de quo simpliciter nihil cognovit. Immo vadimonium istud nonnisi aliquid leviter "praeiudiciale" (anglice: *prejudicial*) est, quod ne actis quidem adligari mereretur. De uno alio "*testimony*" fit mentio in appellata sententia, quod est illud d. nae C. T. . Attamen ipsi appellati Iudices observant "that the witness did not submit her testimony under oath" et nonnisi de aliquo tractari privato documento, quod isti haud recte "affidavit" appellant; "affidavit" enim est alicuius scripta declaratio *iureiurando* firmata. In casu, agitur

18. – *On the rest of the prosecution's evidence*.—The one other witness, whose testimony is mentioned in the judgement being appealed, is the Revd D.I., who, however, in his testimony of 26 June 2012, says nothing at all about the charged crime, of which he knows absolutely nothing. Indeed, this testimony is nothing but slightly prejudicial, and should not even have been admitted into the record. There is the one other "*testimony*," of which the judgement makes mention: that of Mrs. C.T. The judges themselves observe, though, "that the witness did not submit her testimony under oath," and that the "testimony" in question was nothing but a private document, which they erroneously call an "affidavit." Now an "affi-

de mera epistula diei 26 iunii 2012 Praesidi Tribunalis missa, qua d.na T. refert se a d.na E. de huius peccaminosa relatione cum Convento audivisse circa diem 27 octobris 2011, post scilicet d.nae E. denuntiationem curiae porrectam, ita ut haud intellegatur quam vim probativam primi gradus Tribunal ei adtribuere potuerit, sicut et minime intellegitur curnam istud Tribunal, si aliquam vim probativam relata a d.na T. habere censeret, d.nam T. ad deponendum in iudicio vocare neglexerit.

davit" is someone's *sworn* statement. In this case, the document in question is merely a letter, dated 26 June 2012 and addressed to the Presiding Judge, in which Mrs. T. reports that, on or about 27 October 2011, she heard from Mrs. E. of Mrs. E.'s sinful relationship with Defendant. This was after Mrs. E. had lodged her complaint with the Diocese, so that it is not possible to understand what probative force the first instance Court could attribute to it, just as it is not possible to understand why, if that Court thought of Mrs. T.'s report as having any probative force, it neglected to call Mrs. T. to testify.

19. – *De Appellantis Conventi negatione et argumentis*. – Conventus nunc coram Nobis Appellans inde ab initio et in sui utriusque gradus iudiciali examine firmissime negat se umquam contra sextum Decalogi praeceptum cum d.na E. peccavisse. Appellationem enim exhibens et prosquens Conventus plurima exposuit argumenta, quibus accusationem demonstrare conaretur falsam et primi gradus procedendi et decernendi modum rectum non fuisse ostendere intenderet – de quibus autem omnibus Nobis ulterius non censuimus inquirendum cum decisionis inferius exponendae non intersint. Curnam, quaesitum est a Convento, d.na E. Conventum eiusmodi legis violationis accusaverit? "*Essentially*", coniectat Appellans in sui secundi gradus iudiciali examine diei 22 iulii 2014, "*Mrs. E. could have*

19. – *On Appellant Defendant's denial of the charge and the arguments for the defence*.—Defendant, now standing before us as Appellant, has most firmly denied, in his judicial examinations in both instances, that he had ever sinned against the Sixth Commandment with Mrs. E. In lodging his appeal, and in pursuing it, Defendant expounded a great many arguments, whereby he set out to prove that the accusation was false and that the first instance Court's manner of proceeding, and that Court's decision, were wrong. We have not considered ourselves bound to go further into any of these, since none is required for the decision we must now give. This question, though, has been asked of Defendant: Why did Mrs. E. accuse Defendant of the charged violation

been moved by feelings of bitterness over my having refused to give her a better job at St. X. and later, too, also at St. N., where she called the Director of Religious Education and asked for a job, after I became [Pastor] of St. N.. She may also have felt offended by my not having responded to her overtures" (cf. Summ., pagg. 230-231, ad 14). Utcumque non necesse est ut Conventus motiva cognoscat et exponat denuntiationis, quam negat. Ut ipsi appellati Iudices recte animadvertunt: "having motivation for bringing something forward does not in itself prove or disprove that the action took place", immo: "A person can be motivated to bring forth an accusation that is true, just as much as she might bring forth an accusation that is false" – et viceversa. Appellantis Patrocinatus, initio secundi gradus audientiae, plura exhibuit documenta Conventi innocentiae sustinendi causa seu falsitatis accusationis probandi gratia – quae omnia actis rite sunt adligata. Cum primi gradus sententia Nobis utique sit infirmanda, sicut mox videbitur, supplementum instructionis non visum est iubendum, quo altius de quibusdam saltem, quae documentis istis contineantur, inquireretur. Suppletiva enim si iubenda esset instructio per novam praesertim d.nae E. auditionem peragi posset et deinde fortasse per examen Appellantis Conventi adsertionum alios fuisse qui falsam denuntiationem veluti telum sibi adhibendam statuisse gravibus prosequendis conflictibus de aliis omnino rebus vertentibus, ut a Convento iam in primo gradu, singulis

of the law? In his 22 July 2014 second instance judicial examination, Appellant conjectured that "*Essentially, Mrs. E. could have been moved by feelings of bitterness over my having refused to give her a better job at St. X. and later, too, also at St. N., where she called the Director of Religious Education and asked for a job, after I became* [Pastor] *of St. N. She may also have felt offended by my not having responded to her overtures.*" In any case, it is not necessary for Defendant to know and explain the motives of an accusation which he denies. As the first instance Judges themselves rightly observed: "having motivation for bringing something forward does not in itself prove or disprove that the action took place," for indeed "[a] person can be motivated to bring forth an accusation that is true, just as much as she might bring forth an accusation that is false"—and vice versa. As the secod instance hearing began, Counsel for the Appellant exhibited a great many documents intended to prove that Defendant was innocent of the charge, that the accusation was false; all of these exhibits were properly admitted into the record. Still, since—as will soon be seen—we are bound, in any case, to reverse the first instance judgement, we have seen no need to order any further investigation, not even in order to look more deeply into at least some of the contents of those documents. Indeed, if any further investigation were ordered, it would

praebitis (italice: circostanziatamente), adserebatur. Maxime autem suppletiva instructio perageretur per *accessum et recognitionem* iudicialem (cf. cann. 1582-1583) relate ad Conventi declarationem cubiculum, quod d.na E. descripsit ut locum quo peccaminosi consummati essent actus, in domo paroeciali iisdem saltem temporibus simpliciter non exstitisse. Certo certius saltem eiusmodi *accessus et recognitio* iubendi essent si primi gradus sententia utcumque infirmanda non esset.

be carried out by questioning Mrs. E. again, and then perhaps by examining Appellant Defendant's claims that there were others who had chosen to use this false accusation as a weapon in conflicts with him over other matters entirely—claims that Defendant had already made, furnishing details, at the first instance trial. Most of all, though, such further investigation would have been carried out by judicial *visit and inspection* (cf. cann. 1582-1583) in reference to Defendant's statement that the rectory room, which Mrs. E. described as the one where the sinful acts had taken place, simply did not exist in that parish priest's residence, or, at any rate, had not existed at the relevant times. To be sure, at least that *visit and inspection* would have been ordered if the first instance judgement were not, in any case, to be reversed.

20. – *De scandalo*. – Praeterquam "permanentiam" ipsam in peccato "contra sextum", can. 1395 § 1 requirit, quo peccatum in delictum fiat poenam secumferens canonicam, ut eiusmodi "permanentiam" comitetur "scandalum". *Restrictus* Iustitiae Promotoris N.A.T. Nobis exhibitus, in parte "in iure", requiri explanat, quo "scandalum" habeatur, "ut plerique, qui personam eiusque munus activitatemque noscant, impressionem negativam patiantur, idest ad male quodammodo inducantur". In casu autem appellata sententia observat "*the Respondent's behaviour*", peccatum

20. – *On scandal*.—For the ["other"] sin "against the Sixth," of which in can. 1395 § 1, to be made also a canonical crime punishable with a canonical penalty, the law requires that there be, not only, a "continuing" in that sin, but also that such "continuing in the sin" be accompanied by "scandal." In the law section of final aguments for the prosecution, the Promotor of Justice at This Apostolic Court exaplains that for there to be "scandal," in the meaning of this law, it is required that "most [or, at any rate, many] of the people who know the person

nempe in quo censet Conventum per aliquot permansisse menses, "*did not cause public scandal*" cum "*few people knew about it*", quin deliquet qui fuerint isti "*few people*", praeter scilicet coniuges E. Tamen appellati Iudices scandalum mere *hypotheticum* sufficere censere videntur, sententiantes: "*Certainly, if the matter were publicised* [quod non fuit], *it is of such a nature that the faithful would be scandalised* [quod de facto non evenit]"; quae iurisprudentiae novatio, sufficere nempe delicti elementum, quod reapse non fuit sed adesse potuisset, Nobis haud probanda videtur. De hoc satis.

[Defendant], his office and his activitiy, be made to suffer a negative impression, namely that they be in a certain sense led into evil." In this case, however, the first instance judgement observes that "*the Respondent's behaviour*," namely the sin, in which the same judgement concluded that Defendant had remained for several months, "*did not cause public scandal*" since "*few people knew about it*," though without clarifying who those "*few people*" were, apart, that is, from Mr. and Mrs. E. Nonetheless, the first instance Judges seem to decide that a merely *hypothetical* scandal is sufficient, as they say in the judgement: "*Certainly, if the matter were publicised* [which it was not], *it is of such a nature that the faithful would be scandalised* [which, as a matter of fact, did not happen]". This jurisprudential innovation—namely, that for a deed to constitute a criminal offence, it is enough that an element that, in reality, did *not* exist, *could have come to exist*, does not appear to deserve approval. Enough said.

21. – *De conclusione quoad adserta facta*. – Appellata sententia concludit Conventum delictum commisisse, de quo in can. 1395 § 1, cum per aliquot menses in peccato "contra sextum", cum scandalo *hypothetico* (quod adesse potuisset etiamsi de facto non fuit), permanserit. Ad istam conclusionem appellati Iudices perveniunt cum censeant Conventum "having less credibility in this case", Testem

21. – *Conclusions concerning the alleged facts*.—The first instance judgement concludes that Defendant committed the crime, of which in can. 1395 § 1, because he continued, for several months, in a sin "against the Sixth," with *hypothetical* scandal (i.e., scandal that there might have been but that, in fact, there had not been). The first instance Judges come to this conclusion because they

autem d.nam E. habere "the greater credibility", nonobstante ipsos eosdem Iudices, in ipsius eiusdem sententiae parte "in iure", recte memoravisse "*a preponderance of the proofs and indications is not sufficient, but it is required that any prudent positive doubt of making an error, in law or in fact, is excluded, even if the mere possibility of the contrary remains*". Aliis verbis, ipsi appellati Iudices deliquant quod – secus ac in iudiciis civilibus, non autem criminalibus, apud Civitatis Tribunalia in Statibus Foederatis Americae Septentrionalis – in iudiciis poenalibus ecclesiasticis (haud secus ac in iudicio poenali coram Civitatis magistratu), certitudo requiritur moralis, quae non eruitur e probabilioribus, e "*preponderance of the proofs*", sed habetur tantummodo cum omne excludatur prudens positivum dubium seu, in sermone iuridico americano, cum excludatur quodvis "*reasonable doubt*". In parte autem "in facto", ipsi iidem Iudices plures recensent motiva pro dubitando de vadimonio d.nae E., a quo thesis actorea tota pendat. Ita appellata sententia aperte agnoscit haberi in vadimonio quae sint "*troubling to the Court*", inter quae "*the lack of consistency in establishing a timeline for the sexual encounters*" necnon contradictiones "*about where the actions took place*". Quibus agnitis, appellati Iudices sententiam fundant super *probabiliorem* credibilitatem, quam d.nae E. adtribuant relate ad Conventi credibilitatem

deem Defendant as "*having less credibility in this case*," while they deem the Witness, Mrs. E., to have "*the greater credibility*"; this although the very same Judges, in the very same judgement's law section rightly recall that "*a preponderance of the proofs and indications is not sufficient, but it is required that any prudent positive doubt of making an error, in law or in fact, is excluded, even if the mere possibility of the contrary remains*". In other words, the first instance Judges themselves clarify that—otherwise than in civil trials, but not in criminal trials, in the [secular law courts of the] U.S.A.—in ecclesiastical criminal trials (just as in secular criminal trials), conviction, a finding of guilt, requires moral certitude, which does not arise from that which is more probable, from a "*preponderance of the proofs*," but can only be had upon the exclusion of all positive, prudent doubt, or, in American legal language, upon the exclusion of all "*reasonable doubt*". Still, in the part of their judgement applying the law to the facts, these same Judges present a number of reasons for doubting the testimony of Mrs. E., upon which testimony the prosecution's case wholly depends. Thus, the first instance judgement openly acknowledges that there are things in that testimony that are "*troubling to the Court*," among which: "*the lack of consistency in establishing a timeline for the sexual encounters*" as well as contradictions "*about where*

("*the greater credibility*" versus "*less credibility*").

22. – *De sententia primi gradus radicitus infirmanda*. – Tandem, expositis gravibus motivis, ob quae facta, ab appellatis Iudicibus pro certis habita, certe probata censeri nequeant, perveniendum Nobis est ad motivum fundamentale ob quod appellata sententia Nobis simpliciter sit infirmanda, quod est *delictum abesse*, de quo in can. 1395 § 1; quod delictum deficeret etiamsi omnia adserta facta pro certe haberentur probatis (sed non sunt). Adsiduus Promotor Iustitiae N.A.T., munere suo fungens, pro thesi actorea seu accusatoria sedulo certans, *Restrictui pro Appellanti Convento* veluti respondens, argumentatur verbum "permanens" in can. 1395 § 1 significare "peccatum, quod per tractum temporis committatur, non autem quod adhuc seu impraesentiarum permaneat, tempore nempe quo clericus iudicetur". Ad sustinendam eiusmodi argumentationem, Promotor Iustitiae N.A.T. animadvertit: "iuxta can. 1362 § 2, si delictum, uti in casu, sit permanens vel habituale, praescriptio decurrit ex die quo cessavit". Prosequitur ipse: "Qua re, delicto demonstrato, deficienti subsequenti clerici perseverantia in peccato contra sextum praeceptum, locus est tantum

the actions took place." Yet, having acknowledged all that, the first instance Judges base their judgement on the *more probable* credibility, which they attribute to Mrs. E. by comparison with the credibility of Defendant ("*the greater credibility*" vis-à-vis "*less credibility*").

22. – *The first instance judgement must be radically reversed*.—Finally, having set forth the grave reasons, on account of which the facts found by the first instance Judges cannot be said to have been proved with certaintly, we must now come to the fundamental reason for which the first instance judgement absolutely must be reversed, namely that *there was no crime*, in this case, in the meaning of can. 1395 § 1; and there would not have been such a crime even if all the alleged facts were held to have been proved with certainty (but they are not so held). Replying to final arguments for the defence, the assiduous Promotor of Justice at This Apostolic Court, in zealous fulfilment of his duties as Prosecuting Counsel, argues that the word "*permanens*" in can. 1395 § 1 means "[the kind of] sin that is committed over a period of time, not a sin that is being committed at the present time, i.e., the time the clergyman is being tried." In support of this argument, the Promotor of Justice observes that, "according to can. 1362 § 2, if the crime, as in this case, is on-going [*permanens*] or habitual, prescription runs from the day it

poenis minoribus inter illas expiatorias statutas". In re autem haec proponi fortasse possint pro *iure condendo* sed minime erui valent e iure condito et nunc vigenti. Lex vigens simpliciter non statuit ullam poenam expiatoriam – nec obligatoriam nec facultativam, nec determinatam nec indeterminatam, nec minorem nec maiorem – pro peccato "contra sextum", in quo clericus per temporis tractum permansisset et a quo iam cessaverit. Nec verbum "*permanens*" idem est ac verbum "*permanserit*", ut ceterum patet. Utcumque verba legis clarissima sunt et nullum sinunt adesse de eorum "in textu et contextu" significatione dubium. Lex iubet ut poena medicinali suspensionis puniatur clericus in modo memorato peccato "cum scandalo permanens", cui tantummodo "persistente post monitionem delicto, aliae poenae gradatim addi possunt usque ad dimissionem e statu clericali"; ideoque clerico, qui praeterito tantum tempore in eiusmodi peccato per temporis tractum permanserit, a quo iam cessavit, ne poena quidem medicinalis inrogari valeat, quae, cum clericus a peccato iam recesserit, nullam habeat rationem, eo vel minus poena expiatoria, quae utcumque solummodo "persistente post monitionem delicto" inrogari posset (ceterum cf. nn. 4-7 superius). In casu, ipsa appellata sententia decernit relationem, quam pro probata haberet quaeque "permanentiam" in eiusmodi peccato constituisset, "*had clearly ended by the time the Respondent transferred to his new*

ceased." He goes on: "Therefore, once the crime has been proved, if the clergyman has desisted from the sin against the Sixth Commandment, only lesser expiatory penalties should be imposed." In reality, however, this sort of thing may perhaps be proposed for consideration in *future legislation* but it cannot at all be said on the basis of the law as promulgated and now in force. The law in force absolutely does not establish any expiatory penalty whatsoever—neither obligatory nor optional, neither determinate nor indeterminate, neither lesser nor greater—for a sin "against the Sixth," in which a clergyman continued for a period of time, and from which he has since ceased. Nor, obviously, is the word "*permanens*" [present participle, i.e., "remaining", namely, here, "continuing" in the sin] the same as the word "*permanserit*" [here: who "remained" or "continued"]. In any case, the wording of the law is absolutely clear and does not admit of any doubt concerning its meaning "in the text and in the context." The law commands that the *medicinal* penalty of suspension be imposed on a clergyman "continuing, with scandal" in the aforementioned sin, and specifies that only "if the offence persists, and after a warning, may other penalties be gradually added, not excluding dismissal from the clerical state." Wherefore, where a clergyman only remained in that kind of sin for a period of time in the past, and has

parish", quae translatio evenit die 1 iulii 2011, ideoque aliquot mensibus antequam Promotor Iustitiae dioecesanus die 30 novembris 2011 libellum Tribunali porrexerit accusatorium. Quae doctus Promotor Iustitiae N.A.T. de can. 1362 §2 adfert plane respiciunt poenas expiatorias, quae inrogari possint intra praescriptionis terminum "ex die quo cessavit" delictum "permanens vel habituale", ast ex ipsa rei natura, cessato peccato in delictum facto, sensum non haberent quoad censuras seu poenas medicinales cuius finis est praecise ut delinquens a delicto recedat. Ut modo diximus, iuxta ipsam primi gradus sententiam, "permanentia" in peccato "contra sextum" non amplius haberetur tempore processus initii, ita ut non amplius imponi potuerit poena medicinalis eo vel minus poena expiatoria (cf. etiam can. 1347 §1 et 1358 §1). De praescriptionis terminis pro delicto "permanenti vel habituali" sermo non fieri potest, in casu, cum peccatum in delictum, de quo in can. 1395 §1, fiat tantummodo cum clericus in eo permaneat, quo insuper in casu nonnisi poena medicinalis suspensionis clerico imponatur ut recedat, et tantummodo "*persistente post monitionem delicto*" imponi possunt, *gradatim*, etiam poenae expiatoriae. In casu, ipsi appellati Iudices sententiant clericum a peccato "contra sextum", cuius accusatus est – etsi id umquam commisisset – tempore ipsius accusationis libelli porrecti iam recessisse.

since ceased from that sin, no penalty can be imposed, not even a medicinal penalty. Indeed, since the clergyman has already ceased from that sin, a medicinal penalty would have no sense, and still less could there be imposed an expiatory penalty, since an expiatory penalty could, in any case, be imposed only where "the offence persists, after a warning" (see, among other things, 4-7 above). In the present case, the first instance judgement itself decides that that the relationship, which it says has been proved, and which would have constituted the "continuing" in the sin "*had clearly ended by the time the Respondent transferred to his new parish.*" That transfer took place on 1 July 2001, namely several months before the Diocesan Promotor of Justice presented the petition of accusation to the Diocesan Court, on 30 November 2011. That which is now being said by This Apostolic Court's Promotor of Justice, with reference to can. 1362 §2, plainly concerns expiatory penalties, which may be imposed before prescription [i.e., statute of limitations] applies, the term of prescription to be calculated "from the day the "continuing or habitual" offence ceased. Now, however, from the very nature of things, this cannot have any meaning in the case of sins-become-offences, for which the law establishes censures, i.e., medicinal penalties, since the purpose of these is precisely to make the offender cease and desist

from the offence. As said above, according to the first instance judgement itself, there was no longer any "continuing" in the sin "against the Sixth" by the time the penal process was initiated, so that it was no longer possible to impose a medicinal penalty, much less an expiatory penalty (see also canons 1347 § 1 and 1358 § 1). In this case, it is no longer possible to speak of terms of prescription for a "continuing or habitual offence," since the sin becomes the punishable offence, of which in can. 1395 § 1, only if the clergyman is still "continuing" to commit it, and even in such case, the only penalty to be imposed on the clergyman is the *medicinal* penalty of suspension, for the purpose of making him cease and desist. Only if "*after a warning, the sin continues*," may also expiatory penalties be imposed, *gradually*. In this case, the first instance Judges themselves establish that the clergyman on trial had ceased from the sin "against the Sixth," of which he was accused—if indeed he had ever committed it—by the time the petition of accusation was presented to the Diocesan Court.

Appellantis Conventus Patrocinatus maluit ut supplementum iuberetur instructionis, ut certitudo haberetur Rev.dum Presbyterum "innocentem esse" et accusationem falsam. Ita in *Restrictu iuris et facti pro Convento*: "*Si Turnus non habeat satis pro certo patrem Presbyterum innocentem esse, quod ad virtutem attinet,*

Defence Counsel wished for further investigation to be ordered, so that This Court might attain to certainty that The Revd Presbyter "is innocent" and that the accusation is false. Thus, in Defence Counsel's summation: "*Should the Panel not be sufficiently certain that The Revd Presbyter is innocent, as to his virtue, we*

petimus ut differatur [decisio] ut compleantur acta et eodem tempore petimus ut fiat supplementum instructionis supra dictum", nova nempe d.nae E. iudicialis excussio una cum accessu et recognitione iudiciali (cf. n. 18 superius). Turnus autem, re debite pensitata, decisionem differendam non esse censuit nec supplementum perficiendum instructionis, cum certe constare censuerit primi gradus decisionem utcumque ob iuris errorem esse infirmandam, et quidem oeconomiae processualis causa, memor insuper in iudicio poenali numquam conventum esse, qui suam iure praesumptam innocentiam probare teneatur cum uni parti actrici publicae onus incumbat accusationis, quae adserat, capita probandi (cf. can. 1526 § 1). Tamen, etiamsi primi gradus sententiam praecise ob iuris errorem infirmandam sententiamus, deliquandum Nobis censuimus, aequitatis causa, sicut et superius reapse deliquavimus, vadimonia, quibus appellata nisa sit sententia quaeque accuratiori subiecimus examini, ipsa adserta facta pro probatis habere non sinere.

petition for judgement to be delayed in order for the record to be completed, thereby petitioning that the aforementioned supplementary investigation be carried out," namely by means of newly questioning Mrs. E., together with carrying out a judicial *visit and inspection* (cf. n. 18 above). However, having duly weighed the matter, the Panel has decided that, for reasons of "trial economy," judgement is not to be delayed, and no further investigation is to be carried out, given that it is certain that the first instance judgement must, in any case, be reversed because of *error of law*; bearing in mind also that in a penal trial Defendant never needs to prove his innocence, which is presumed by law, and that it is only the prosecution that bears the burden of proof, with regard to any charges it brings against him. (cf. can. 1526 § 1). Still, even though This Court reverses the first instance judgement precisely on the ground of error of law, a sense of equity, fairness, has moved us, as already indicated above, to make it clear that the testimonies, on which the first instance judgement relied, and which have here been examined more accurately, do not permit the alleged facts to be considered to have been proved.

23. – Quibus omnibus cum in iure tum in facto accurate consideratis, causae actis attente cribratis et cum appellata sententia attentius comparatis, Promotoris Iustitiae *Restrictu*

23. – All of which things having been accurately considered, as well in law as in fact, the record having been fully examined and compared with the first instance judgement, the arguments

et defensionibus ab Appellantis Conventi Patrocinatu exhibitis pensitatis, infrascripti Praelati Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Domini Christi Nomine invocato, declaramus, decernimus ac definitive sententiamus ad propositum dubium respondentes: *Ad primum: Negative; ad secundum: Adfirmative, seu sententiam primi gradus a Tribunali Dioecesano Dioeceseos in causa latam non esse confirmandam sed reformandam, immo infirmandam seu non constare Conventum delictum patravisse; ad cetera: non proponi.*

Ita pronuntiamus, mandantes Ordinariis locorum et Tribunalium Administris, ad quos spectant, ut hanc nostram definitivam sententiam notificent omnibus quorum intersit, ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 23 iunii 2015

Ioannes Vaccarotto, *Ponens*

David-Marie A. Jaeger, *Extensor*

Vitus Angelus Todisco

presented by both the Promotor of Justice and Defence Counsel having been weighed, the undersigned Prelates Auditors of the Panel, sitting in judgement, and having God alone before our eyes, having invoked the Name of Christ the Lord, state, decide and definitively judge the reply as to the issue to be: *To the first part: Negatively; to the second part: Affirmatively*, *which is to say: the first instance judgement given by the Diocesan Court is not to be confirmed but is to be reformed, indeed it is to be reversed, namely it has not been proved that Defendant committed a criminal offence*[2]*; the remainder being thereby rendered moot.*

We do thus pronounce, ordering the local Ordinaries and the Court officials, whose duty it is, that they make this our definitive judgement known to all whom it concerns, to all legal effects.

Given in Rome, at the seat of the Court of the Roman Rota, on 23 June 2015.

Ioannes Vaccarotto, *Ponens*

David-Maria A. Jaeger, *Extensor*

Vitus Angelus Todisco

2 For the avoidance of doubt, this is the canon law formulation of a verdict of "not guilty," *not* the Scottish verdict of "not proven."

Studia canonica 54 | 2020, 729-730
doi: 10.2143/STC.54.2.3289273

UNIVERSITÉ SAINT-PAUL — FACULTÉ DE DROIT CANONIQUE SAINT PAUL UNIVERSITY — FACULTY OF CANON LAW

THÈSE DE DOCTORAT — DOCTORAL THESIS 2020

BOONPHAO, Prajak, Canonical Considerations in Pastoral Care of Persons in Marriages between Roman Catholics and Buddhists in Thailand. Defended 26 June 2020. Supervisor of the Thesis: Professor Wojciech Kowal, O.M.I.

Marriage is an institution based on natural law. Every person has the natural right to marriage which is, however, affected by cultural and social conditions. The pastors of the Church, therefore, have to make very effort to understand the particularity of situations within which marriage and family are lived today and respond accordingly through their pastoral action.

Thailand is considered a Buddhist country due to the fact that the vast majority of its population is Buddhist. Most marriages celebrated in the Catholic Church are non-sacramental because a Buddhist is the spouse of the Catholic party. Canon 1086 of the 1983 Code states that due to the impediment of disparity of worship, a marriage between a person who was baptized in the Catholic Church or received into it and a non-baptized person is invalid. A dispensation from this impediment must be granted by the competent authority in order for the union to be valid. The conditions stated in cc. 1125–1126 must be taken into account for a dispensation to be granted.

The thesis identifies the actual pastoral problems faced by persons in marriages with the disparity of worship and canonical questions faced by Church authorities; it also proposes canonical-pastoral responses to such cases. The first chapter explains in a systematic way the magisterial teaching of the Catholic Church on marriage in the modern world and the pertinent norms of the Code of Canon Law. Chapter Two is devoted to a brief study

of the Buddhist teaching on marriage and of the Thai civil marriage laws. A comparison between the Catholic and the Buddhist understanding of marriage is presented in its conclusion. Chapter Three analyzes the principles governing marriage according to the 1983 Code of Canon Law, with comparison to the 1917 Code as needed. This chapter focuses especially on interreligious marriage. Chapter Four deals with the pastoral care of those Catholics who enter marriage with Buddhists in Thailand. Marriage preparation programs, the pre-marital investigation, the obligations of the Catholic party in a mixed marriage along with concrete pastoral solutions are given attention in this chapter.

Studia canonica 54 | 2020, 731-752
doi: 10.2143/STC.54.2.3289274

RECENSIONS — BOOK REVIEWS

DEL POZZO, Massimo, *La dimensione costituzionale del governo ecclesiastico*, Subsidia canonica 28, Rome, Pontificia Università della Santa Croce, Facoltà di Diritto canonico, 2020, 364 p. — ISBN: 978-88-8333-894-6 — €30

Ce nouvel ouvrage du professeur del Pozzo est le dernier volet d'un triptyque déjà constitué de l'*Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico* (2013) et de *Lo statuto giuridico fondamentale del fedele* (2018). Il termine donc un cycle de recherches et d'enseignement. L'auteur reste bien évidemment fidèle au réalisme juridique. Celui-ci cherche à mettre en valeur la dimension de justice présente dans les relations sociales.

S'agissant de la dimension constitutionnelle du gouvernement ecclésiastique, il s'agit de « décodifier » la structure primaire et fondamentale du peuple de Dieu. L'examen de la constitution de l'Église ne saurait se ramener à la seule deuxième partie du Livre II sur la constitution hiérarchique de l'Église. L'auteur explique que l'exigence d'aller au-delà du code ressort clairement de l'approche suivie dans le présent ouvrage. Tout en relevant la matrice et la nature constitutionnelle de diverses dispositions, surtout des canons ayant trait à l'autorité suprême dans l'Église, provenant de la *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, « l'analyse dépasse largement le donné législatif et vise à développer une *forma mentis* spécifiquement constitutionnelle » et invite « à cultiver et à approfondir les présupposés et les aspects ecclésiologiques (auto-compréhension du mystère de l'Église) ».

Pour cela, le professeur del Pozzo cherche à établir un pont avec la science théologique, en situant d'abord pratiquement tous les aspects de son travail dans un cadre conceptuel et spéculatif, et en accordant également une place aux dimensions ecclésiale et spirituelle, car l'herméneutique du juriste ecclésial requiert de *sentire cum Ecclesia*.

L'auteur fait remarquer que bien des équivoques relatives à la compréhension du *mysterium Ecclesiae sub specie iustitiae* proviennent d'une certaine négligence de la composante historique et culturelle. Pour y échapper, il conduit sa recherche selon trois axes : l'importance constitutive des biens salvifiques, les droits fondamentaux des fidèles, dont on ne dira jamais trop qu'ils ont une valeur herméneutique pour l'interprétation de l'ensemble du

droit canonique, présent dans le code ou en dehors de lui, et la dimension de justice intrinsèque aux biens de la communion (parole, sacrement et service de la charité).

Le système institutionnel suppose toujours la reconnaissance de la priorité de la sphère personnelle et de la participation des fidèles à la sphère publique. Si les droits et les devoirs essentiels des fidèles ne sont pas protégés adéquatement, il n'est alors pas possible de comprendre le sens du gouvernement ecclésiastique et sa vraie place. Pouvoir et droits ne doivent pas s'opposer, mais s'harmoniser. De la sorte, la science et la culture humaine ne s'opposent pas à l'enracinement et à la diffusion de l'Évangile.

Le rejet par certains des aspects formels traduit un manque de bon sens et de conscience authentiquement chrétienne. Car si la réception du patrimoine salvifique constitue la base et la fin de la science constitutionnelle, son orientation et son dynamisme peuvent être rapportés à la *garantie des droits*, c'est-à-dire la reconnaissance de ce qui revient aux individus comme aux collectivités, ainsi qu'à la *rationalité « pneumatique » du pouvoir*, l'ouverture à la lumière surnaturelle s'imposant pour éviter la recherche de la seule efficacité ou d'une conception entrepreunariale de l'office ecclésial.

L'ouvrage est divisé en trois parties, comprenant chacune trois chapitres. La première présente « les caractéristiques générales du gouvernement ecclésiastique », en commençant par « l'autorité et le gouvernement dans le dessein constitutionnel » (p. 21-49), dont l'auteur détache le triple aspect du gouvernement, subjectif, objectif et personnel. La science constitutionnelle peut se ramener, en allant à l'essentiel, aux droits fondamentaux et la logique du pouvoir. La référence à la dimension constitutionnelle du pouvoir indique le caractère primaire et essentiel du gouvernement ecclésiastique, pour lequel les liens et les relations établies comptent plus que les capacités des personnes.

L'approche du réalisme juridique permet d'approfondir le versant substantiel du gouvernement ecclésiastique, en identifiant la consistance du bien juridique. L'autorité et son exercice constituent des valeurs qui demandent à être reconnues, respectées et protégées. Cet exercice de l'autorité suppose l'inégalité fonctionnelle régnant entre les sujets, la capacité et le discernement dans les choix, et la collectivité et la solidarité des intérêts poursuivis.

Le deuxième chapitre rappelle « les principes du gouvernement ecclésiastique » (p. 51-82). il convient de distinguer les principes structurels du gouvernement ecclésiastique, à savoir le principe institutionnel, le Christ ayant clairement voulu constituer une entité permanente et transpersonnelle appelée à poursuivre et propager sa mission rédemptrice au long de l'histoire ; le principe sacramentel, le plus approprié pour marquer la portée du gouvernement,

le concile Vatican II ayant insisté sur la sacramentalité de l'épiscopat ; et le principe hiérarchique, qui présente une autonomie et une spécificité propres.

Les principes directeurs du gouvernement ecclésiastique, ou critères guidant l'action de l'autorité au sein de l'Église, sont le caractère de diaconie, le service étant inscrit dans la structure sacramentelle de l'Église ; son ecclésialité, qui vise à consolider le caractère organique et la tradition de l'Église ; et sa nature pastorale, requise par la finalité transcendante de la communauté ecclésiale.

Suivent des remarques sur le caractère mystérique du gouvernement ecclésiastique, qui se traduit par une interaction entre universel et particulier, entre primauté et collégialité, enter charisme et institution ; et sur le triple aspect de la communion ecclésiale : *communio fidelium*, *hierarchica* et *Ecclesiarum*.

Enfin le troisième chapitre énumère « les éléments du gouvernement ecclésiastique » (p. 83-124), l'auteur abordant successivement le caractère vicarial christologique du gouvernement ; l'origine, la consistance et la structure du pouvoir ecclésiastique de gouvernement ; le rapport entre juridiction et pouvoir ; la distinction des fonction, législative, exécutive et judiciaire ; et la *rationabilitas* du gouvernement, selon le réalisme, la responsabilité et le contrôle.

Nous abordons alors la deuxième partie de l'ouvrage consacrée à « la dimension universelle du gouvernement », dont le premier chapitre (chap. IV selon la numérotation adoptée) porte sur « l'autorité suprême de l'Église : A. Le Pontife romain » (p. 127-169). C'est ici que se manifeste le mieux la mutuelle immanence entre primauté et collégialité, en tant que présupposé structurel du système ecclésial tout entier. L'action du Pontife romain implique et renforce celle du collège des évêques et réciproquement. Cette complémentarité postule non seulement la coexistence nécessaire dans l'exercice de l'autorité, mais aussi l'apport réciproque entre le facteur individuel et le facteur cumulatif : la personnalité favorise l'unité et la communion, tandis que l'aspect collectif facilite la participation hiérarchique et solidaire.

S'agissant des contenus essentiels du gouvernement de la primauté, ils consistent à être le centre et la racine de l'unité et de la communion. La *sollicitudo omnium Ecclesiarum*, propre au caractère épiscopal et caractéristique de la succession apostolique, trouve son expression la plus efficace dans la sollicitude du pasteur suprême pour l'Église universelle et pour chacune de ses portions. La primauté possède une valeur *ontologique-représentative* qui dépasse ses charges ou attributions. De fait, l'action du pape est secondaire par rapport à la signification de l'institution.

Le chapitre suivant envisage cette fois-ci l'exercice de l'autorité suprême de l'Église par le collège des évêques (p. 171-200). L'interaction entre le principe de la primauté et celui de la collégialité manifeste le caractère mystérique et composite présent dans le peuple de Dieu. L'autorité suprême de l'Église est le modèle de référence essentiel pour la communauté ecclésiale. Le collège des évêques témoigne d'une véritable valeur transpersonnelle et globale de l'*ordo Episcoporum*. Le fait de comprendre le sens de la collégialité revient à identifier un constitutif interne de l'épiscopat qui résume et justifie la sacramentalité, l'universalité et le caractère organique du pouvoir épiscopal.

L'auteur aborde la composition du collège des évêques, son pouvoir, les diverses formes de l'exercice de la collégialité, avec la question de l'affection collégiale et celle de la synodalité ; et enfin le concile œcuménique.

« Le gouvernement central de l'Église » (p. 201-235) ferme cette partie et permet d'exposer d'abord la priorité de l'instance universelle de gouvernement, requise la catholicité ou universalité qui est une caractéristique constitutive de l'Église et qui ne peut être supprimée. Le sens de l'appartenance à une communauté est toujours uni à la conscience de l'esprit de corps dans l'adhésion au Christ. L'antériorité ontologique et chronologique de l'Église universelle par rapport à l'Église particulière indique la préséance dans l'être et dans l'intentionnalité de la perspective globale et unitaire. Le recours à une instance unitaire est imposé par la structure hiérarchique de l'Église. Ce caractère central ne se limite pas à garantir un degré supérieur de vérification, mais aussi à assurer l'uniformité et l'harmonie disciplinaire.

Tous les collaborateurs du Pontife romain agissent *in nomine* ou *ad mentem* du pasteur universel. Le choix desdits collaborateurs revient personnellement au pape, du moins pour les principaux offices, ce qui traduit leur rapport étroit avec le ministère pétrinien.

L'auteur passe en revue les aides à la fonction de primauté que sont le synode des évêques, le collège des cardinaux, la curie romaine et les représentants du Saint-Siège. Puis il aborde la question de la centralisation et de la décentralisation pour terminer par les institutions et les communautés fondées sur le ministère pétrinien : la variété des Églises *sui iuris*, la configuration de structures juridictionnelles, les nouveaux phénomènes communautaires et l'attention portée à la vie consacrée.

La troisième et dernière partie porte sur « la dimension particulière de l'Église » présente en premier lieu dans « les portions du peuple de Dieu » (p. 239-269). L'identité et l'appartenance à l'Église ne peut avoir lieu sans la multiplicité et la variété de provenances et de sensibilités.

Le concile Vatican II a reconnu la pleine ecclésialité des communautés constituées hiérarchiquement. Les circonscriptions ecclésiastiques ne manifestent pas tant le domaine de pouvoir attribué à leur pasteur, que le peuple réuni par la Parole et par l'Eucharistie sous la direction de leur chef. L'élément juridictionnel se trouve subordonné à l'élément sacramentel. La notion de portion du peuple de Dieu en tant qu'unité représentative du tout et la référence au peuple indiquent l'ecclésialité directe d ces communautés hiérarchiques.

S'agissant de la configuration du gouvernement particulier, le professeur del Pozzo relève que le désir des Pères conciliaires de ne pas dissocier le signe sacramentel de l'exigence de la fonction pastorale n'est pas encore pleinement assumée. En outre, les réalités qui ne réponde pas à la volonté de fondation originaire de l'Église sont néanmoins en rapport avec le pouvoir primatial du pape. Elles répondent à des exigences concrètes du soin des âmes historiquement déterminées.

Les structures constitutionnelles sont organisées selon la logique *ordo-plebs*. L'*ordo clericorum* est en claire référence au caractère de ministère. Il n'est pas question ici de *clerus*, dont le concept est trop large, ni de *hierarchia* ce qui serait trop restrictif. Le terme *plebs* n'est peut-être pas totalement clair. Il doit être compris comme la *congregatio fidelium*, l'ensemble unitaire ou le corps organique uni à la tête. Cette formule présente l'avantage d'exprimer de façon ramassée et efficace la consistance de toute les structures hiérarchiques, et de mettre en valeur la converge du facteur ministériel et de la composante populaire.

L'auteur rappelle que la diversité ontologico-sacramentelle des fidèles produites par la conformation au Christ dans l'ordre sacré n'implique nullement une inégalité radicale entre baptisés, amis seulement la réserve de l'exercice de la *potesta sacra*.

Puis il examine les éléments constitutifs de la portion du peuple de Dieu que sont le pasteur, le presbyterium et le peuple et clôt ce chapitre en redisant que le principe de territorialité connaît des limites.

Le avant-dernier chapitre traite des « communautés hiérarchiques nécessaires » (p. 271-318). Un constat s'impose : la doctrine canonique présent les circonscriptions selon une méthode exégétique, qui ne satisfait pas l'auteur, qu'elle provienne d'Hervada, de Molano, de Cattaneo, de Sabbarese ou encore d'Errazuriz. Sa présentation des diocèses et des figures assimilées est la suivante : les diocèses ; la prélature et l'abbaye territoriales ; la mission « sui iuris », la préfecture et le vicariat apostoliques ; l'administration apostolique. Cette distinction effectuée, l'auteur peut expliquer le caractère

central de la fonction épiscopale. Il faut relever d'emblée que l'identification des circonscriptions ecclésiastiques avec les portions du peuple de Dieu indique l'aspect prioritaire et prévalent du facteur communautaire. Ceci dit, nous n'assistons toujours pas à une révision complète, et donc satisfaisante, du concept de communauté hiérarchique en accord avec le donné conciliaire. Le caractère central de la fonction épiscopale pour l'essence d'une Église particulière n'est autre qu'une dérivation de la succession apostolique et de la « vicariété « christologique.

Ceci étant expliqué, le professeur del Pozzo passe en revue les figures de l'évêque diocésain et des évêques coadjuteurs et auxiliaires, puis la nature des autres offices « capitaux » exercés à titre vicaire. Puis il présente l'organisation interne des circonscriptions nécessaires et l'influence des structures supradiocésaines que sont les organismes provinciaux et régionaux (province ecclésiastique, région ecclésiastique ; les organismes nationaux (conférence des évêques) ; et enfin les organismes continentaux.

L'ouvrage s'achève sur un chapitre consacré aux « communautés hiérarchiques complémentaires » (p. 319-357). Le qualificatif de « complémentaire » ne jouit pas d'un consensus dans la doctrine canonique. L'auteur précise qu'il a pris soin de distinguer le genre (la portion du peuple de Dieu ou communauté hiérarchique) de l'espèce prédominante (le diocèse ou Église particulière). Il entend clarifier la nature et la consistance déontologique des phénomènes hiérarchiques non nécessaires. La notion de complémentarité exprime la fonctionnalité réciproque qui s'établit entre les communautés hiérarchiques. Elle indique un élément négatif, en ce sens que les structures complémentaires ne peuvent pas se ramener aux communautés primaires et nécessaires, et un élément positif dans la mesure où elles accroissent et enrichissent le patrimoine ecclésial, non pas en ajoutant des biens mais en répandant ceux qui existent et en développant des charismes propres.

Ces communautés hiérarchiques complémentaires sont essentiellement personnelles, liées qu'elles sont à des caractéristiques spécifiques des fidèles concernés. Ces caractéristiques constituent la spécialisation propre à chaque communauté. Le caractère personnel introduit un motif de particularité dans l'exercice de la juridiction lié à une exigence objective du groupe des fidèles bénéficiaires de l'aide pastorale spécifique.

S'agissant de la nature constitutionnelle de la juridiction complémentaire, l'auteur indique qu'elle découle d'un ensemble social cohérent et caractérisé et de l'existence de liens véritablement hiérarchiques. Ces communautés sont de vrais entités juridictionnelles, constituées par l'autorité suprême de l'Église, non de simples communautés de base. Les liens sociaux ne sont pas de nature volontaire ou associative, mais obligatoires et non disponibles.

Le pasteur placé à leur tête jouit du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire pour la portion du peuple de Dieu qui lui est confiée. Il est aidé dans sa charge par un presbyterium propre.

L'auteur présente alors les divers types de structures complémentaires : ordinariats aux armées, prélatures personnelles, ordinariats rituels, administration apostolique personnelle, ordinariats personnels.

Le dernier point concerne les critères d'incorporation des fidèles. L'auteur note que si la portion du peuple de Dieu est le fondement de la mission évangélisatrice, la détermination de la base sociale est l'élément le plus représentatif de la subsidiarité organique des communautés hiérarchiques complémentaires. La personnalité doit rejoindre les sujets intéressés de façon plus capillaire que la territorialité. La solution idéale est fournie par l'interaction entre les deux principes suivants : la reconnaissance du caractère central du peuple lui-même et la condition active du fidèle.

Un des aspects les plus délicats de la complémentarité consiste dans les rapports entre l'harmonie et la conciliation du pouvoir hiérarchique territorial avec le personnel. La subsidiarité et le concours organique sont des critères fondamentaux pour parvenir à une convergence institutionnelle effective.

Dominique LE TOURNEAU

DEL POZZO, Massimo, *La dimensione costituzionale del governo ecclesiastico*, Subsidia canonica 28, Rome, Pontificia Università della Santa Croce, Facoltà di Diritto canonico, 2020, 364 p. — ISBN: 978-88-8333-894-6 — €30

Massimo del Pozzo, l'auteur de cet ouvrage sur *La dimension constitutionnelle du gouvernement ecclésiastique* est un professeur de droit constitutionnel et procédural à l'Université pontificale de la Sainte-Croix à Rome. Il subdivise son livre en trois parties majeures : la première partie expose les caractéristiques générales du gouvernement ecclésiastique tandis que la seconde traite de sa dimension universelle. La troisième partie analyse la dimension particulière de ce gouvernement. Trois chapitres composent la première partie.

Le premier chapitre est consacré à l'étude de l'autorité et du gouvernement dans le dessein constitutionnel de l'Église. L'auteur retrace l'origine de la constitution de l'Église dans la volonté fondatrice du Christ sous l'impulsion de l'Esprit. Sans toutefois exclure la participation humaine, il précise que l'Église n'est pas le résultat d'une décision ou d'une déduction humaine, mais plutôt la manifestation du mandat d'évangélisation reçu du Christ

(p. 23). Quant au gouvernement ecclésiastique, il a un aspect subjectif, objectif et formel. Il est subjectif en ce sens qu'il requiert des personnes investies du pouvoir, la configuration ontologique et sacramentaire avec le Christ dans l'Ordre sacré. Le mécanisme « génétique » de la communion hiérarchique de l'Église s'enracine dans la succession apostolique qui est la garantie de la continuité dans la mission des apôtres. À ce gouvernement, participent les fidèles selon leur état de vie conformément aux normes du droit canonique (p. 30-35). L'aspect objectif renvoie au contenu du pouvoir, directement lié aux biens salvifiques : la parole de Dieu, les sacrements et le service de la charité. L'aspect formel indique les formes d'exercice du gouvernement ecclésiastique. Ce dernier n'exclut pas l'adoption des moyens et des critères de bonne gouvernance terrestre. L'auteur parle alors de l'interaction entre le droit divin et le droit humain dans le gouvernement ecclésiastique (p. 42-49).

Le deuxième chapitre est une analyse des principes du gouvernement ecclésiastique. La succession apostolique représente le « principe génétique » constitutif de l'organisation ecclésiale. Cette succession apostolique n'est pas seulement un mécanisme de transmission du pouvoir, mais le critère de reconnaissance et d'identité de la descendance christique de la communauté. L'auteur passe en revue les principes spirituels du gouvernement ecclésiastique que sont le principe institutionnel, le principe sacramentel et le principe hiérarchique (p. 51-62). Il explicite aussi les principes directeurs du gouvernement ecclésiastique que sont la diaconie, l'ecclésialité et la pastoralité. En outre est souligné dans la quatrième partie de ce chapitre le caractère mystérieux du gouvernement ecclésiastique qui échappe à une définition précise ou à une détermination juridique. Le triple aspect de la communion ecclésiale (*communio fidelium – communio heirarchica – communio Ecclesiarum*) est explicité et clôt ce chapitre.

Le troisième chapitre est une présentation des éléments qui composent le gouvernement ecclésiastique. Le professeur del Pozzo met en relief l'origine de la *sacra potesta* qui a donnée lieu au débat doctrinal postconciliaire. Il en signale la consistance et les modalités d'exercice liées à la structure ecclésiale (p. 86-98). Il montre comment le pouvoir de gouvernement dans le *CIC*/83 est équiparé au pouvoir de juridiction (Can. 129, § 1). Il procède aussi à une distinction des fonctions (législative, exécutive et judicaire) dans le gouvernement ecclésiastique marqué par l'aspiration à une « *rationabilitas* » qui implique du réalisme, de la responsabilité et du contrôle (p. 113-124).

Dans la deuxième partie de l'ouvrage, au chapitre quatre, l'auteur mène une réflexion sur la fonction du Pontife Romain comme autorité suprême de l'Église. Le rapport entre la primauté et la collégialité s'articule en termes de complémentarité (Can. 333, § 1). Il procède par la suite à l'exposé de

l'encadrement juridique et aux fondements scripturaires de la fonction du Souverain pontife dans l'Église (p. 131-133). La raison d'être de la primauté réside dans la garantie de l'unité du peuple de Dieu. Dans son rôle, le Pape renforce l'autorité des évêques et veuille à ce que la conservation et la transmission du dépôt de la révélation soient intégrées à l'expansion et à la diffusion du message du salut. Ce chapitre énumère aussi les caractéristiques du pouvoir du Pape, son contenu, sa vacance, son empêchement ainsi que ses limites.

Le chapitre cinq présente le collège des évêques. L'auteur examine avec acuité les fondements doctrinaux, scripturaires ainsi que les développements disciplinaires et magistériaux de la composition du collège épiscopale. L'ordre des évêques qui succède au collège des apôtres dans le magistère et le gouvernement pastoral constitue avec le Pontife Romain – et jamais sans lui, le sujet du suprême de l'Église universelle (p. 183). L'exercice de la collégialité dans ses diverses formes suppose que le collège des évêques agisse sous la guide du Pontife Romain. L'auteur y aborde la question de la synodalité qui à l'heure actuelle fait l'objet de beaucoup de spéculations. En effet, « cheminer ensemble » est l'attitude essentielle du pèlerinage du peuple de Dieu dans l'histoire. Cette vision communautaire incite à redécouvrir et à valoriser la participation active de tous les fidèles au gouvernement ecclésiastique (p. 193-194). Une présentation du conseil œcuménique et de ses actes met fin à ce chapitre. Le sixième chapitre est réservé à l'analyse des diverses structures du gouvernement central de l'Église. Une attention est aussi portée à la vie consacrée (p. 201-238).

La dernière partie du livre, réservée à l'étude de la dimension particulière du gouvernement ecclésiastique, traite au septième chapitre, des portions du peuple de Dieu. Les éléments constitutifs d'une Église particulière sont mis en exergue (p. 256-267). Le chapitre huit insiste sur la nécessité pour le chrétien d'appartenir à une communauté locale organisée et hiérarchique. Par contre, le dernier chapitre du livre fait référence aux communautés hiérarchiques complémentaires. La notion de complémentarité exprime le fonctionnement réciproque qui s'établit entre les communautés hiérarchiques (p. 320). L'auteur évoque en outre, d'autres types d'organismes complémentaires tels les ordinariats militaires, les prélatures personnelles ainsi que l'ordinariat personnel. Le professeur del Pozzo achève cet ouvrage en insistant sur la notion de subsidiarité organique entre les différentes juridictions. Cette publication mérite bien d'être lue par tout enseignant de droit constitutionnel canonique et par toute personne soucieuse de connaître, de comprendre les structures et le fonctionnement de l'Église Catholique Romaine.

Valère Nkouaya Mbandji, S.J.

FARIS, John D., and Jobe ABBASS (eds), *A Practical Commentary to the Code of Canons of the Eastern Churches*, Montreal, Wilson & Lafleur, 2019, 2 vols, clxiv, 3209 p. — ISBN 978-2-924974-03-2 — US$ 200.00

The most recent volume in the Gratianus series of canonical studies printed by Canadian legal publisher Wilson & Lafleur provides an in-depth study of the *Code of Canons of the Eastern Churches*. While other commentaries of the Eastern Code have existed in the past, this certainly provides scholarly treatment in detail that simply has not been previously attempted. The introductory material not only provides a useful introduction to the Eastern Code but also the Eastern Catholic Churches in general. The work also has several appendices: an analytical index of nearly three hundred pages in length, a table of corresponding canons between the *CCEO* and the *CIC*, and an approximately one-hundred-page index of the Eastern Code's *fontes*.

There are thirty-two credited contributors in addition to those involved in the editorial process. The majority of these contributors are professors of canon law. The detail provided in the text varies throughout the work. For example, the commentary on canon 1 of the *CCEO* runs exactly fifty pages, while other canons may receive a paragraph or even simply a few lines of commentary. Consistency throughout the work is a problem at times, with abbreviations and other conventions at times lacking consistency. Setting aside the editorial issues, which are minor in nature, the work is certainly ambitious and provides incredible interpretation of the canons of the Eastern Code. Some sections are of the highest quality of modern canonical research, and the commentary on Title XXV: The Contentious Trial is among those sections which will be of great enduring value for researchers and practitioners of canon law. Each section provides an extensive bibliography of the resources cited in the text which is a helpful aid for further research. In addition to the expected commentary on the canons, there are additional resources contained in the text, an example of which is a detailed excursus on ordinariates for Eastern Catholics.

As the work is a recent project, many sections will be of interest even to those canonists who find themselves working infrequently with the *Code of Canons of the Eastern Churches*. The commentary on the Eastern norms addresses numerous canonical revisions which have not been adequately addressed in the standard, dated commentaries of the 1983 *Code of Canon Law*. For example, as this commentary has been issued since the matrimonial reforms of Pope Francis, the commentary on *Mitis et Misericors Iesus* fills a lacuna lacking in the major commentaries. This has been conveniently appended with the various publicized responses of the Pontifical Council for Legislative Texts clarifying the norms of both *Mitis Iudex Dominus Iesus*

and *Mitis et Misericors Iesus* as well as the *Subsidium* published by the Roman Rota. The content on penal law is another example of helpful material, as it includes more recent documents of the Holy See such as the 2010 *Substantive Norms*. The text therefore should be a standard research volume for canonists and especially canonical libraries in chanceries, seminaries, and tribunals.

Alexander M. LASCHUK

FICHTER, Stephen J., Thomas P. GAUNT, SJ, Catherine HOEGEMAN, CSJ, and Paul M. PERL, *Catholic Bishops in the United States: Church Leadership in the Third Millennium*, New York, Oxford University Press, 2019, 210 p. — ISBN 978-0-19-092028-9 — US$ 24.95

Co-authored by a team of social scientists working with the Center for Applied Research in the Apostolate at Georgetown University (CARA), this quantitative study develops a profile of contemporary bishops across the United States. Based on a self-report survey from 213 respondents (out of 429 questionnaires distributed by postal mail to diocesan bishops, auxiliary bishops, and retired bishops), the aggregated data offers a realistic glimpse into the backgrounds, experiences, and responsibilities of ecclesiastical leaders.

Chapter one offers demographic information about bishops, ranging from geographic origins to educational attainments. The bishops are, on the whole, "a highly educated group of leaders" with seventy-one percent (71%) holding three or more graduate degrees (24). In terms of the selection and placement of bishops, the data demonstrates that "on average, they are priests for about 25 years before they become bishops" (7). Notably, "only a small minority of bishops lead dioceses where they themselves were ordained as priests" (7). "By and large, most bishops are not native to the state where they are serving" (22). Interestingly, "only 9 percent of Latin Rite ordinaries live in the diocese where they were raised" (48).

Chapter two explores a typical day in the life of a bishop, ranging from sleeping habits and working hours to news consumption. "Overall, bishops reported working 9.8 hours a day on average," which is "about 2.2 hours (29 percent) more per day than their peers" (43).

Chapter three looks at the subjective satisfaction of bishops. The researchers observe remarkably high levels of contentment: "80 percent reported no major problem with burnout. Only 17 percent said that they agreed 'somewhat' to feeling burned out frequently, while the remaining 3 percent

'strongly' agreed" (50). Notably, "almost all the bishops (97 percent) cited their sacramental and liturgical role as the source of their greatest satisfaction, which was similar to priests' very high response (94 percent)" (52). Interestingly, bishops report deriving more satisfaction from various facets of sacerdotal ministry than the typical presbyter reports.

Chapter four explores bishops' views on the greatest challenges and sources of hope for the American Church. Interestingly, "87 percent of bishops agreed that 'Catholic laity are sufficiently respectful of the priest's authority," while 76 percent agreed that "priests are sufficiently respectful of the voice of the laity" (76).

Chapter five discusses the bishop's role as overseer of human resources and collaboration. Notably, "75 percent of bishops reported that priest personnel issues were 'somewhat' or 'a great' problem" (85). "Bishops reported working with international priests as 'somewhat' or 'a great' problem at over twice the rate as priests" (91). At the same time, "56 percent were also at least 'somewhat' supportive about bringing more international priests" (92).

Chapter six examines strategic planning by bishops. "Dioceses with more than 5 percent of parishes having a nonresident pastor rose steadily from 31 percent in 1986 to 71 percent in 2015" (111). Relatedly, "52 percent of bishops described the limited number of priests as 'a great' problem" (110); "40 percent reported parish restructuring was either 'somewhat' or 'a great' problem" (110).

Chapter seven reviews the public engagement of bishops. For example, "65 percent of bishops said that they have been interviewed on a local secular radio or television channel 'often' or 'on a regular basis' during the past five years" (131). "Bishops in the Northeast were significantly more likely than those in other regions to agree 'strongly' that it is challenging to present or defend Church teaching due to the" clergy sexual abuse scandal" (147).

The work provides a wealth of insightful information, but some limitations also exist. First, the response rate is skewed toward smaller dioceses, a fact that the authors dutifully acknowledge at the outset. Second, it would have been helpful for the authors to align their terms with canonically correct definitions. In footnote number five, the authors incorrectly state: "Strictly speaking, canon law has recently dropped the term *ordinary*." The Johanno-Pauline Code of Canon Law, in fact, uses the term "ordinary" or a variant thereof (such as "local ordinary," "proper ordinary," or "personal ordinary") well over two hundred times. The authors would have done well to consult canon 134 for a canonically correct definition of "ordinary." The authors' usage of "ordinary" is to distinguish a diocesan bishop from an auxiliary bishop. The book is internally consistent in its use of such a definition, but it is incongruent

with the *ius vigens*. The authors also use the canonically clumsy phrase "each ordinary of a province" (8) instead of the more concise and precise "metropolitan." Third, the addition of a brief section in chapter two on the lifespan of bishops in recent times would have been a fitting reflection. All in all, this landmark sociological study successfully illuminates and contextualizes the episcopal order in the twenty-first century United States.

Christopher SIUZDAK

HERVADA, Javier, *Critical Introduction to Natural Right*, 2nd English edition supervised by Carlos José ERRÁZURIZ and Petar POPOVIĆ with linguistic consultant Dawn Eden Goldstein, Gratianus Series, Montreal, Wilson & Lafleur, 2020, 135 + x p. — ISBN 978-2-924974-06-3 — CA $34.95

This short work is a modern classic in law studies, authored by the distinguished scholar of canon law, Javier Hervada (1934-2020). Albeit theoretical, it has profound practical value for judges, administrative authorities, and lawyers who need to be interpreting positive laws in view of fundamental human rights and principles of natural justice. Originally published in 1981 as *Introducción crítica al derecho natural*, it has appeared in ten Spanish-language editions and is also translated into Italian, Portuguese, French, Hungarian, and Polish. This 2020 version is a revised English translation, the first having been published in 2006, also in the Gratianus Series. The book has received numerous favourable reviews over the years, mostly written in Spanish but in other languages as well, including French and English. This review will focus on what is new to the second English edition.

The title of the first edition of 2006 is *Critical Introduction to Natural Law*, whereas the new translation of *derecho natural* in the title is "natural right." The word *derecho* may mean "law" in the generic sense of any norm, be it custom, legislation, statute, etc. It may also mean "right," depending on the context. The same is true in Latin (*ius*) and some other languages (e.g., *droit*, *diritto*, *Recht*). The reason for the editorial decision favouring "right" over "law" is that the word *derecho* also means "that which is just," a notion applicable to both "law" and "right," and this is closer to the A.'s meaning. *Derecho natural* is translated as "natural right" when it refers to things that are good or just according to nature; and "natural juridical law" when the A. reflects on that part of the natural law concerning natural rights. When derecho is used broadly to encompass both law and rights, it is translated by generic expressions such as "the juridical" or "the juridical domain," or by simultaneously using both "law and right."

The lengthy sixth chapter is a discussion of the natural *law*. The A., in the Spanish original, uses the term *ley natural*, but sometimes he also speaks of *derecho natural*. This sentence [from the Spanish 2nd ed., p. 171] aptly illustrates the translation problem: "La ley natural y el derecho natural … no pueden separarse, pero tampoco deben confundirse." The first English version translates: "Natural Law and the science of Natural Law … cannot be separated, but neither should they be confused" (p. 154). This second English edition renders *derecho natural* not as the "science of Natural Law," which it clearly does not mean in this context, but rather as the "natural juridical law," a neologism which sounds odd at first but whose meaning is sufficiently developed in the book to make sense of it.

Since the A. treats both natural right and natural law, it raises the question whether the title of the work might better be translated as "critical introduction to natural right and natural law." In any case, this new English edition offers a cogent reminder—especially necessary for canonists, other jurists, and moral theologians—that the term *ius naturale*, while usually referring to the natural law, may, according to the context, have instead the meaning of "natural right." By consistently bringing out this distinction in Hervada's thought, the editors have produced a translation which is more technically precise than the first and, at the same time, is more comprehensible.

John M. HUELS

KY-ZERBO, Alphonse (dir.), *Appartenance et ruptures : les baptisés face à l'institution ecclésiale catholique aujourd'hui*, Paris, Éditions du Cerf, 2020, 291 p. — ISBN- 978-2-204-14166-6 — €28

Ce livre, publié sous la direction d'A. Ky-Zerbo est un assortiment de contributions rassemblées selon une approche interdisciplinaire et comparatiste sur les différents rapports des baptisés à l'institution ecclésiastique. Les articles qui composent cet ouvrage résultent du colloque de l'Institut de droit canonique de Strasbourg sur les appartenances ecclésiales tenu du 20 au 21 Mai 2019. Dans son discours d'ouverture du colloque, L. Ravel, archevêque de Strasbourg, au vu de l'hétérogénéité disciplinaire des intervenants (canonistes, historiens, théologiens, sociologues) souligne à bon escient que « cette diversité met en lumière l'impossibilité d'isoler les réalités canoniques de l'ensemble des réalités ecclésiales » (p. 7). En effet, le contexte religieux actuel en Europe en général est, souligne A. Ky-Zerbo, celui de la sécularisation, du pluralisme religieux et de la recomposition religieuse. D'où la

question du comportement des baptisés catholiques quant à leur rapport à l'institution ecclésiale à laquelle ils appartiennent organiquement par le baptême. Le comportement en termes d'adhésion ou de ruptures s'apprécie à l'aune de la doctrine de l'Église, de sa vie cultuelle, et de son gouvernement (p. 11). Les différentes contributions réunies dans ce volume s'articulent autour de trois axes.

Le premier axe est une présentation des regards contemporains sur la question de l'appartenance à l'Église catholique. L. Perrin dans sa réflexion sur « Le concile Vatican II et la déchristianisation » dépeint le mouvement de déchristianisation aussi qualifié de sécularisation par les sociologues et les historiens anglophones. Procédant à une des lectures historiographiques, il traite du « Printemps de l'Église » et sa perte d'emprise sociale en Europe. Cette perte d'emprise sociale de l'Église catholique est caractérisée par le décrochage démographique, le dimorphisme sexuel, le décrochage de la jeunesse, le décrochage des ordinations sacerdotales et la crise du système paroissial. Ensuite, il part de l'expression de la sociologue britannique Grace Davie, « Believing without belonging» pour égrener les éléments qui, contre le projet de Vatican II, ont pu être, dans la population catholique française et européenne, des voies vers ce « croire sans appartenir » (p. 31). Il achève sa réflexion en faisant écho de l'ampleur et la répétition des scandales sexuels au sein du clergé et de la hiérarchie catholique. (p. 37).

Thibault Joubert pose la question de l'appartenance à l'Église et propose des réflexions canoniques à propos de l'interprétation rahnerienne de Mystici corporis. Pour K. Rahner, l'appartenance à l'Église, dépasse la simple qualification juridique de la délimitation de juridiction. La question du droit doit être envisagée concomitamment avec la question du salut (Can. 1752). P. Vallin porte sa réflexion sur les « minorités créatives » chez J. Ratzinger ou l'appartenance par la dynamique de l'Esprit Saint. En trois étapes, il lève le piège du vocabulaire quantitatif : d'abord, d'un point de vue dogmatique, l'Église ne devrait pas avoir besoin du comparatif (minor/major) pour se saisir elle-même ou pour témoigner du salut de Jésus-Christ. Ensuite, il repère dans les discours de J. Ratzinger, son itinéraire et l'intuition partagée avec Arnold Toynbee. Enfin, il montre que l'Église a toujours été menacée par l'assimilation à des « grandeurs d'établissement » selon l'expression pascalienne : empire, religion, idéologie (p. 62).

Le deuxième axe met en lumière et explicite les modes d'expression de l'appartenance à l'Église catholique ainsi que les ruptures avec elle. A. Borras y développe le thème « incorporation et devoir de communion ecclésiale du baptisé ». Pour ce dernier, l'appartenance ecclésiale est

d'abord l'attitude spécifique de l'individu qui adhère. Le terme adhésion signifie une approbation réfléchie, un *agreement*, un assentiment (p. 83). Il met en relation le terme incorporation (cann. 96 ; 204, § 1) et celui de communion. Cette dernière recouvre quatre sens dominants : la communion des fidèles (*communio fidelium*), la communion ecclésiale (*communio ecclesiastica*), la communion hiérarchique (*communio hierarchica*) et la pleine communion qui suppose la reconnaissance intégrale et la participation plénière aux *tria vincula* de la profession de foi, des sacrements et du ministère apostolique (p. 93).

La contribution de Y. R. Cleuziou est intitulée « Décrire les formes de l'engagement catholique : une typologie et une cartographie à partir de données qualitatives et quantitatives ». Cette étude sociologique propose de dépasser les catégories – pratiquant ou non pratiquant, défection ou protestation, engagement ou désengagement, le dehors ou le dedans – servant à penser les attitudes dans les institutions pour prendre en considération la fidélité. Il établit quatre univers culturels et spirituels catholiques : les conciliaires, les émancipés, les observants et les inspirés (p. 107-116).

V. le Chevalier s'intéresse à « ces fidèles qui ne pratiquent pas assez ». Ces derniers sont des baptisés qui sollicitent des rites et des sacrements sans pour autant être pratiquants. Cette contribution est suivie de celle d'A. Ky-Zerbo sur la « Qualification canonique des ruptures ecclésiales ». Ces ruptures ecclésiales manifestées à travers l'apostasie, l'hérésie, le schisme, l'abandon de l'Église ou de la communion ecclésiastique par un acte public ou notoire, ainsi que l'acte formel de défection de l'Église comportent des conséquences aussi bien pour la communion ecclésiale que pour les baptisés qui sont mis en dehors d'elle. A. Bamberg clôt le deuxième axe du livre en mettant en relief les sorties silencieuses de l'Église Catholique. Elle affirme entre autres que le « vaste champ des procédures canoniques est trop souvent un lieu où se ressent le mépris de la personne » au profit du cléricalisme présent dans les tribunaux (p. 166). Les femmes y sont souvent méprisées bien qu'elles soient plus compétentes que certains juges clercs. Elle propose de prendre des moyens pour réformer la *praxis* canonique par le respect des normes processuelles et pénales.

Le dernier axe de cet ouvrage est une analyse des comportements des baptisés en Allemagne, en France, en Italie et en Espagne. Face à ces comportements, les institutions ecclésiales concernées essaient d'y apporter des réponses. Pour ce qui est de l'Allemagne, K. Becher signale d'abord la particularité de la forme d'appartenance des baptisés ou d'affiliation officielle des baptisés à travers l'impôt ecclésiastique ; cette rupture se produit aujourd'hui à cause de l'insatisfaction à l'égard de l'institution et du

manque de foi. Il énumère ensuite les sept types d'affiliation à une Église (les croyants fervents, les axés sur le social, les axés sur le service, les décrocheurs, ceux qui ont un encrage communautaire, les croyants sans compromis, les libres-esprits religieux). Enfin, pour lui, ces ruptures font apparaître la nécessité d'entreprendre une nouvelle évangélisation (p. 177-180) ». B. J. Berkmann par contre, apporte quelques réponses de l'institution ecclésiale par rapport au comportement des baptisés en Allemagne (p. 225-240).

Pour ce qui est du cas de la France, I. Joneaux propose trois lieux de religion ou de spiritualité : Internet qui permet de voir la fidélité des institutions; l'ascèse à travers les prescriptions de l'Église notamment concernant le corps ou la sexualité – les baptisés pensent que l'Église n'a plus le droit d'interdire et embrassent de nouvelles formes d'ascèse; les monastères comme lieux non institutionnels. Ces lieux drainent de plus en plus de publics aussi bien parmi les baptisés que les non baptisés (p. 181-192). H.-J. Gagey offre des pistes de réponses de l'institution ecclésiale par rapport au comportement des baptisés en France (p. 240-258).

Quant à l'Italie, F. Brancaccio part des photographies statistiques récentes et les interprète pour obtenir une image mise à jour de l'attitude des baptisés italiens face à l'institution ecclésiale catholique ». Pour lui, il semblerait que le sentiment et le choix de l'appartenance à l'Église ne soient pas favorisés quand la généricité d'une vison anthropologique et sociale d'inspiration chrétienne se substitue à la clarté de la proposition de l'Évangile (p. 205). Une esquisse de réponses de l'institution ecclésiale par rapport au comportement des baptisés d'Italie est offerte par F. Grosso (p. 259-277).

S'agissant de la situation en Espagne, M. R. Blanco rappelle que ce pays a traditionnellement été catholique tant au niveau juridique que pour les croyances professées par la population. Il repère cinq domaines de la vie de l'Église espagnole et de ses relations avec l'État : les données sur la religiosité de la population espagnole, le vécu religieux, la religion et l'école dans les centres d'enseignement privés, le financement public de l'Église et l'assistance religieuse dans les établissements publics. Enfin, I. Cano Ruiz suggère des réponses de l'institution ecclésiale par rapport au comportement des baptisés de l'Espagne (p. 279-290).

C'est par une synthèse et une ouverture vers des perspectives nouvelles de P. Vallin que cet ouvrage s'achève. La richesse des contributions et la compétence avec laquelle les auteurs abordent leur sujet respectif sont remarquables. Sans aucun doute ce livre mérite d'être lu.

Valère Nkouaya Mbandji, S.J.

SCHOUPPE, Jean-Pierre, *Relations entre Église et communauté politique. Doctrines — Pratiques juridiques*, Collection Gratianus, Montreal, Wilson & Lafleur, 2020, 321 p. — ISBN 978-2-924974-05-6 — CA$ 34.95

Cet ouvrage est conçu comme un manuel à l'adresse des étudiants de licence en droit canonique. Abordant le sujet traité dans une vision universelle, l'auteur prend aussi en compte des éléments locaux. La discipline présentée ici se compose de principes de justice et de normes juridiques formalisées principalement dans les canons des conciles et dans les accords internationaux signés entre le Saint-Siège et les États. Son objet formel « est constitué par les *rapports externes de l'Église qui ont toujours un contenu juridico-canonique* », tandis que son objet matériel « concerne les relations externes avec les *communautés juridiques et politiquement organisées* ».

Des évolutions récentes doivent être prises en compte. D'une part, le concept d'État doit être élargi aux communautés politiques, sans exclure les organisations internationales gouvernementales ; et, d'autre part, la notion d'Église-institution ne se limite plus à l'autorité suprême de l'Église romaine, des accords étant conclus désormais aussi au niveau régional ou local.

Le professeur Schouppe indique que l'horizon du cours de relations Église-communauté politique demande de se séparer de celui du droit ecclésiastique, dont le champ d'étude s'étend à l'ensemble des groupements religieux pris en compte par chaque État, et qui resten en dehors de l'objet dudit enseignement.

Il constate aussi que la branche faisant l'objet de son étude se présente sous un jour « défensif », certes non plus dans une logique d'un antagonisme, mais dans un contexte de la liberté de l'Église incluant l'ensemble des fidèles composant le peuple de Dieu. La pensée du « politiquement correct » peut toutefois constituer une menace au bon exercice de la liberté de l'Église.

L'ouvrage comporte deux parties. La première retrace l'« histoire des doctrines des rapports Église-États et de leur application » (p. 21-136). Nous ne nous y attarderons guère, tout en regrettant peut-être que les pontificats des papes Léon XIII et Jean-Paul II n'aient pas fait l'objet de développement plus conséquents. La contribution de ce dernier, entre autres, à une expansion des conventions diplomatiques signées avec les États aurait gagné à être mise en valeur.

L'auteur explique les réticences de Pie XII à accepter les droits de l'homme, notion dans laquelle il décelait une équivocité.

Les mécanismes de protection des droits fondamentaux au niveau régional, au nombre de quatre, sont présentés comme suit : système *européen* dans le cadre du Conseil de l'Europe avec la Cour européenne des droits de l'homme, et au sein de l'Union européenne avec la Charte des droits fondamentaux et la Cour de justice européenne ; système *interaméricain*, représenté par l'Organisation des États Américains, comportant une Commission et une cour interaméricaine des droits de l'homme ; système *africain*, avec la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour éponyme dans le cadre de l'Union Africaine ; système *asiatique*, représenté par l'Association des Nations du Sud-Est Asiatique, doté d'une Commission intergouvernementale pour les droits de l'homme et de diverses Commissions spécialisées.

La seconde partie porte sur « les pratiques juridiques actuelles » et débute par le chapitre VIII sur « les principes juridiques et les systèmes de relations entre États et Églises » (p. 139-161), ces principes bien connus étant le dualisme pluriel, la souveraineté, l'indépendance et l'autonomie de chaque société, l'incompétence mutuelle, la coopération, auxquels s'ajoute la fonction indispensable du magistère ecclésiastique et le principe d'autonomie des fidèles. Les systèmes possibles de relations sont le confessionnalisme, la séparation, la coordination et la mixité.

« Les droits innés de l'Église à l'épreuve de la jurisprudence européenne » font l'objet des deux chapitres suivants (p. 163-209). C'est sans nul doute l'apport le plus original du professeur Schouppe. Chaque droit est confronté à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Avant de les passer en revue, l'auteur définit la notion de « droit inné ». les droits innés de l'Église découlent de la volonté de Jésus-Christ. Ils sont donc originaires et non concédés à l'Église par les pouvoirs séculiers. Ayant un fondement scripturaire, il faut leur donner une *formalisation* canonique. Les droits innés *subséquents* sont générés à la lumière de circonstances historiques inexistants au moment de la fondation de l'Église, tels les droits conditionnés par l'existence et le développement de l'internet. À ces droits innés vient s'ajouter l'existence de devoirs innés de l'Église.

Sont envisagés successivement la personnalité morale ou juridique et l'accès à un procès civil équitable ; la libre nomination des évêques et des autres ministres du culte ; la formation spécifique des séminaristes et des ministres du culte ; l'annonce de la doctrine et des principes éthiques y compris en usant des moyens de communication sociale ; la liberté d'éduquer et d'instruire ; les initiatives en matière d'assistance et de soins de santé ; un système matrimonial spécifique et une juridiction propre sur le mariage ; la pouvoir de juridiction sur les lieux sacrés ; la capacité patrimoniale et le

financement ; le pouvoir judiciaire et les procédures administratives, y compris pénales ; la souveraineté du Saint-Siège et les *iura legationis* et *contrahendi*.

En conclusion, s'il existe des différences significatives entre les droits innés et les droits fondamentaux de l'homme, toutes les libertés réclamées par l'Église catholique reçoivent une certaine protection juridique dans la CEDH et dans l'interprétation que sa Cour en donne. Dans les cas où la protection spécifique fait défaut, comme pour les grands séminaires, ces institutions pourront bénéficier d'une protection générale en vertu du droit à l'instruction. Un accord existe quant aux revendications formulées au nom de la *libertas Ecclesiae* et les droits protégés en matière de liberté religieuse dans la jurisprudence de Strasbourg. Mais, d'une part, des zones d'ombre et d'incertitude subsistent et, de l'autre, cette jurisprudence ne semble nullement acquise définitivement. La protection de la liberté religieuse apparaît aussi menacée par des dangers qualifiés de « périphériques », notamment le principe de non-discrimination introduit par le Protocole n° 12, qui peut avoir un « effet dévastateur » sur d'autres droits fondamentaux, y compris sur la liberté de religion, qu'elle soit individuelle ou institutionnelle.

L'on aurait pu souhaiter que le parallèle effectué fort heureusement avec la jurisprudence de la CEDH le fût aussi avec le contenu des divers accords diplomatiques signés entre le Saint-Siège et les diverses communautés politiques partenaires. Cela aurait permis de mettre au clair les revendications de l'Église qui sont reconnues et protégées par les États.

Le chapitre suivant présente « le Saint-Siège et le droit international » (211-238). Après avoir présenté l'évolution de la question de la personnalité juridique internationale du Saint-Siège de la « question romaine » au concile Vatican II, l'auteur étudie la question du Saint-Siège comme sujet de droit international. La présentation de la personnalité juridique de l'État de la Cité du Vatican et de l'absence de personnalité juridique internationale de l'Église catholique, débouche sur une présentation intéressante de la jurisprudence des États-Unis et de l'Europe applicable au Saint-Siège. L'auteur expose une décision de justice rendue en Belgique qui reconnaît le Saint-Siège comme « souverain étranger ». L'affaire ayant été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, il faut attendre l'arrêt strasbourgeois pour être définitivement fixé. Ceci dit, il ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand que : 1° l'Église catholique n'est pas une personne juridique de droit international ; 2° qu'elle ne peut être identifiée au Saint-Siège ; 3° que celui-ci a pleine personnalité juridique internationale et un double titre de souveraineté ; 4° que l'État de la Cité du Vatican n'a pas de personnalité juridique internationale ; 5° que le Saint-Siège est un souverain étranger, support de

l'immunité d'État et de l'immunité de juridiction ; 6° que ladite immunité d'État tient à ce que le Saint-Siège est « souverain étranger avec les mêmes droits et obligations qu'un État » ; 7° que souveraineté et immunité ne peut être « qu'une et indivisible » ; 8° et enfin que de ce fait, il n'est pas possible d'affirmer l'immunité de juridiction du pape en tant que chef de l'État de la Cité du Vatican et de la lui refuser en sa qualité d'organe du gouvernement central de l'Église.

« La diplomatie pontificale » (p. 239-257) fait naturellement suite à ce chapitre. Après un bref rappel historique, l'auteur expose les fondements théologique et canonique de l'activité diplomatique du Saint-Siège, sa spécificité et le droit de légation actif et passif. Il mentionne les sources canoniques et de droit international en la matière, puis les catégories de légats, les fonctions des légats dans le Code, et les représentations pontificales.

En toute logique, le chapitre suivant traite du « Saint-Siège et les organisations internationales (p. 259-276). « Le Saint-Siège et l'Organisation des Nations-Unies » est divisé en deux points. Le premier apporte, non sans originalité, un « éclairage historique » en parlant du statut de Jérusalem, des réfugiés et de l'Agence internationale de l'énergie atomique. Le second examine le statut juridique du Saint-Siège : observateur permanent, d'abord le Saint-Siège et les autres organisations intergouvernementales, puis brièvement les ONG d'inspiration catholique et les associations internationales de fidèles.

Nous en venons aux « accords concordataires et les traités multilatéraux » (p. 277-302). L'auteur décrit les grandes étapes de l'histoire des concordats et les perspectives d'avenir, notamment la possibilité de bâtir un droit ecclésiastique au niveau intergouvernemental, en particulier avec l'Union Européenne. Ces accords pourraient concerner la pastorale et l'instruction et conduire à de nouvelles structures pastorales : structure personne territoriale pour les fonctionnaires européens et leurs familles ; structure hiérarchique personnelle pour les élèves des diverses écoles européennes ainsi que pour les cours de religion et de morale catholique dispensés dans ces écoles ; érection d'un ordinariat militaire pour l'armée européenne. Le professeur Schouppe présente alors la notion d'accord concordataire, les principaux types d'accords concordataires (il conviendrait sas doute davantage de parler de conventions diplomatiques, le concordat au sens strict étant peu fréquent), les règles applicables aux traités de droit international, à savoir les sujets concernés, le contenu de l'accord et les réserves émises, les formes d'expression du consentement, l'efficacité contractuelle et normative, l'extinction, l'interprétation et la résolution des conflits. Le processus d'élaboration et les dispositions quant à l'entrée en vigueur auraient pu être explicités aussi.

Il est enfin question du rôle des évêques diocésains et de la conférence des évêques dans la conclusion d'accords de rang inférieur à ceux signés par le Saint-Siège.

Le dernier chapitre aborde « l'organisation de l'État de la Cité du Vatican » (p. 303-321). L'auteur étudie en détail le renouveau du droit de l'État du Vatican organisé par la Loi fondamentale du 26 novembre 2000. Il présente ensuite succinctement les principales réformes structurelles du pape François en matière économique et financière.

Notons que, dans l'introduction, l'auteur manifeste son inquiétude de voir cette matière perdre de l'importance dans des pays comme l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie et être confiée à des juristes dépourvus de formation canonique, voire à des non-catholiques, sous l'effet combiné du positivisme ambiant et du sociologisme juridique. Ce risque ne peut que renforcer l'intérêt d'un cours sur les Relations entre Église et communauté politique.

Dominique LE TOURNEAU

Auteurs des recensions de cette livraison — Reviewers for this issue

John M. HUELS is former full professor of canon law at Saint Paul University.

Alexander M. LASCHUK is a priest of the Eparchy of Toronto and Eastern Canada, and sessional lecturer at Saint Paul University.

Dominique LE TOURNEAU, J.C.D., C.S.S., est membre de la prélature de la Sainte-Croix et *Opus Dei*, Paris, France.

Valère NKOUAYA MBANDJI, S.J., est professeur de droit canonique à l'Université Saint-Paul.

Christopher SIUZDAK, J.C.L., is a canonist in the Tribunal of the Diocese of Portland (Maine, USA). He presently serves as president of the Eastern Regional Conference of Canonists.

Studia canonica 54 | 2020, 753
doi: 10.2143/STC.54.2.3289275

OUVRAGES REÇUS À LA RÉDACTION — BOOKS RECEIVED

De la Taille, Alexandre, *L'exercise de l'authorité et l'obéissance volontaire dans les instituts religieux, Implications practiques pour la santé et la sécurité de la personne*, Paris, Éditions de Cerf, 2020, 276 p. — ISBN 978-2-204-14031-7

Del Pozzo, Massimo, *La dimensione constituzionale del governo ecclesiastico*, Subsidia canonica 28, Rome, Pontificia Università della Santa Croce, 2020, 364 p. — ISBN 978-88-8333-894-6

Hervada, Javier, *Critical Introduction to Natural Law*, 2nd ed., Gratianus Series, Montréal, Wilson and Lafleur, Inc., 2000, xviii + 135 p. — ISBN 978-2-924974-06-3

Ky-Zerbo, Alphonse (ed.), *Appartenance et ruptures : les baptisés face à l'institution ecclésiale catholique aujourd'hui : Perspectives comparatives*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2020, 307 p. — 978-2-204-14166-6

Studia canonica 54 | 2020, 755-758
doi: 10.2143/STC.54.2.3289276

NOTES BIOGRAPHIQUES
BIOGRAPHICAL NOTES

AUSTIN, Brian T., F.S.S.P.

Father Brian T. Austin, F.S.S.P. has studied at Vanderbilt University, St. John's College, Annapolis (BA, Philosophy), Our Lady of Guadalupe Seminary (MDiv. equiv.), the University of Ottawa/St-Paul (MCL/JCL), and the Katholieke Universiteit Leuven (PhD/JCD). Since 2017, he has been a member of the CLSA's committee on institutes of consecrated life and societies of apostolic life. His doctoral dissertation, *The Power of the Congregation for the Doctrine of the Faith to Derogate From Prescription: An Evaluation of the Legality and Justice of the 2002 Rescript*, is forthcoming from Peeters (Leuven). In addition to his studies, he has been in parish ministry for eleven years and currently serves as chaplain to the Oratory of Saints Philomena and Cecilia in the Archdiocese of Indianapolis, Indiana (USA).

BERTHE, Pierre-Marie, F.S.S.P.

L'abbé Pierre-Marie Berthe, F.F.S.P. est archiviste paléographe (2004), docteur en histoire de l'université Paris Sorbonne (2008) et docteur en droit canonique de l'université de Strasbourg (2018), l'abbé Pierre-Marie Berthe exerce un ministère pastoral dans la Fraternité Saint-Pie X, tout en poursuivant ses travaux de recherche. Il est l'auteur de deux ouvrages *: Les procureurs français à la cour pontificale d'Avignon* (École des Chartes, 2014) et *Les dissensions ecclésiales, un défi pour l'Église catholique* (Cerf, 2019). Par ailleurs, il a rédigé plusieurs articles dans la *Revue de droit canonique*.

DANIEL, William L.

William L. Daniel is an Assistant Professor of Canon Law at The Catholic University of America in Washington, D.C., U.S.A., where he has taught since 2015. He earned the J.C.L. and J.C.D. from Saint Paul University in Ottawa. He has published numerous articles in the area of canonical procedural law. He is the compiler and translator of the volume entitled *Ministerium Iustitiae. Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura, Official Latin with English Translation* (Montréal, Wislon & Lafleur, 2011).

His forthcoming book documents and analyzes the contribution of Father Ignacio Gordon, S.J. to the discipline of canonical procedural law. He and his wife have been married sixteen years and are blessed with six children.

HAHN, Judith

Judith Hahn was born in Offenbach, Germany, 1978. Studies: Dipl Theol (2002), Sankt Georgen Graduate School, Frankfurt; J.C.L. (2004), Dr.theol. (2008), Dr.theol.habil. (2016), Faculty of Catholic Theology, University of Münster; Junior Professor of Canon Law (2010-2015), University Professor of Canon Law, Faculty of Catholic Theology, University of Bochum (since 2015); Fellow, Center for advanced Study "Law as Culture", University of Bonn (2015/2016); Visiting Scholar, Faculty of Theology and Religion, University of Oxford (2016), and Canon Law Centre, Thomas More Law School, Australian Catholic University (2019/2020); Defender of the Bond, Cologne Diocesan Tribunal (2011-2019), and Münster Diocesan Tribunal (since 2019); Judge, Ecclesiastical Labour Court, Bonn (since 2016).

HUELS, John M.

John M. Huels was born in St. Louis, Missouri on 13 November 1950. His studies include: B.A. in psychology and philosophy from St. Louis University, St. Louis, Missouri, 1971; M.A. in theology, M.Div. from Catholic Theological Union, Chicago, Illinois, 1976; J.C.D. from The Catholic University of America, Washington, D.C., 1982. He has been assistant professor (1982-1985) and associate professor (1988-1997), Catholic Theological Union, Chicago, Illinois' judge, Provincial Court of Appeals, Province of Chicago, 1986-1995; associate professor (1997-2000) and full professor (2000-2018), Faculty of Canon Law, St. Paul University, Ottawa, Ontario, where he served as president of the Professors' Association (2008-2012, 2015-2018).

KY-ZERBO, Alphonse

Alphonse Ky-Zerbo est prêtre du diocèse de Dédougou au Burkina Faso. Maître de Conférences en droit canonique, il enseigne à la Faculté de Théologie Catholique de Strasbourg depuis septembre 2012. Il est membre de l'UMR-DRES. Il a été Directeur de l'Institut de Pédagogie Religieuse (IPR) de 2016 à 2018. Il a été également chargé de cours à la Faculté de Droit canonique de l'Institut Catholique de Paris (2010-2013), au Département de Droit Canonique à l'Institut Catholique de Yaoundé, Cameroun (2002-2009) et professeur permanent à l'Université Catholique de l'Afrique de l'Ouest, Unité Universitaire d'Abidjan (2006-2009).

LASCHUK, Alexander M.

Father Alexander Laschuk is a priest of the Eparchy of Toronto and Eastern Canada. Education: B.F.Sc. (Windsor, 2007), B.Th./S.T.B. (Saint Paul, 2010), M.C.L. (Saint Paul, 2011), J.C.L. (Saint Paul, 2012), J.C.D., Ph.D. (Saint Paul, 2016). Judicial Vicar and *economos* of the Eparchy of Toronto. Judicial Vicar of the Archdiocese of Toronto and the Toronto Regional Tribunal. Parochial vicar of St Nicholas Ukrainian Catholic Church (Toronto). Sessional lecturer at Saint Paul University since 2011 and the University of St Michael's College since 2017.

LEE, Joseph

Father Joseph Lee, SDB is a priest from the Australia-Pacific province of the Salesians of Don Bosco, which includes the four countries of Samoa, Fiji Islands, New Zealand and Australia. He studied science at Monash University, Melbourne (B.Sc); education at the Institute of Catholic Education, Melbourne (Grad.Dip.Ed.(Sec.)), now part of Australian Catholic University; theology at the Melbourne College of Divinity, now part of the University of Divinity (B.Theol. (Hons.), Theol.M.); and theology at Flinders University, Adelaide (Ph.D.). He completed the J.C.L. at Saint Paul University, Ottawa in 2020. He has worked mostly in Australia and briefly in New Zealand in various ministries.

NKOUAYA MBANDJI, S.J., Valère

Valère Nkouaya Mbandji est un prêtre jésuite originaire du Cameroun. Il est titulaire d'une licence en droit civil de l'Université de Yaoundé II, d'une licence en droit canonique de l'Université Pontificale Grégorienne de Rome et d'un Doctorat en droit canonique (Ph.D.) de l'Université Saint Paul d'Ottawa. Il est professeur assistant de droit canonique à l'Université Saint Paul au Canada. Il est l'auteur de *La prescription canonique des délits sexuels sur des personnes mineures*, publié aux éditions Éditions Lethielleux, Paris, 2018. Il est secrétaire de la Faculté de droit canonique à l'Université Saint-Paul.

NOBEL, Michael-Andreas

Le professeur Nobel est né à Paderborn, Allemagne, le 29 février 1976. Il a fait ses études universitaires à Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Allemagne (2002) où il a obtenu un diplôme en théologie ; à la Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Allemagne (2004), J.C.L. et à la Theologische Fakultät Paderborn (2007), où il a obtenu un Ph.D. en théologie ; depuis 2010 il travaille comme défenseur du lien au Tribunal régional d'Ottawa et

depuis 2018 il travaille comme juge au tribunal diocésain de Memphis, TN. Depuis 2012, il travaille comme aumônier militaire au sein des Forces Armées Canadiennes et, depuis 2007, il est professeur à la Faculté de Droit canonique à l'Université Saint-Paul, Ottawa.